

# REGAP

REVISTA GALEGA  
DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Número

8





**ESCOLA GALEGA DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**



# **REGAP**

1994

**8**

REGAP: Revista Galega de Administración Pública.— Nº 0 (1992)— .—  
Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 1992—  
v.; 24 cm.

ISSN:1132-8371

Depósito legal: C. 1.596-91



© 1991, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Edira: ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Rúa de Madrid, 2 - 4. Polígono das Fontiñas.

15703 Santiago de Compostela

Tel.: (981) 57 08 00 / Telefax: (981) 57 15 40

Traducción e supervisión lingüística: Ana Belén Fortes López

M<sup>o</sup> Concepción Leal Gómez

M<sup>o</sup> Carmen Pérez Picallo

Deseño Gráfico: Uqui  CEBRA

Imprime: AROPRINT, S.L.

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuadrimestral.

Solicitude de subscricións á Editorial Galaxia.

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

## DIRECTOR

**Xaime Rodríguez-Arana Muñoz**

Catedrático de dereito administrativo  
Director da EGAP

## SECRETARÍA TÉCNICA

**José Luis Mínguez Goyanes**

Corpo Superior de Administración  
da Xunta de Galicia

## CONSELLO

**Juan José Bértolo Cadenas**  
Secretario xeral da Consellería de Educación e  
Ordenación Universitaria

**Francisco Javier Castiñeira Izquierdo**  
Secretario de Administración local

**Juan Luís Castro Somoza**  
Avogado do Estado

**José Ramón Cólera Leirado**  
Letrado maior do Parlamento de Galicia

**Andrés Faiña Medín**  
Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña

**Manuel Fernández Areal**  
Catedrático de teoría xeral da información

**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 Xustiza de Galicia

**José M<sup>o</sup> Gómez y Díaz-Castroverde**  
Maxistrado do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

**Pablo González Mariñas**  
Profesor titular de dereito administrativo da  
Universidade de Santiago

**José Carlos López Corral**  
Letrado da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia

**Joaquín Macías Sánchez**  
Director xeral de Xustiza e Interior

REVISTA GALEGA DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

# REGAP

**Jesús Martínez Girón**  
Catedrático de dereito do traballo da  
Universidade da Coruña

**Carlos Otero Díaz**  
Conseilleiro maior do Consello de Contas de Galicia

**Santiago Porta Dovalo**  
Psicólogo da Consellería de Traballo e Servizos Sociais

**Juan Ramón Quintás Seoane**  
Catedrático de economía aplicada da  
Universidade da Coruña

**Juan Jesús Raposo Arceo**  
Profesor da E.U. de relacións laborais da  
Universidade de Santiago

**Luís Rodríguez-Ennes**  
Decano da facultade de Dereito de Ourense

**Antonio Romero Lorenzo**  
Maxistrado xuíz decano de Vigo

**Francisco José Serna Gómez**  
Director xeral da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia

**Luís Ramón Sotelo López**  
Corpo de Xestión de Administración da Xunta de Galicia

**José Ramón Vázquez Sandes**  
Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

**Jesús Vázquez San Luis**  
Interventor do Consello de Contas da Xunta de Galicia

**José Vilas Nogueira**  
Decano da facultade de Ciencias Políticas e Sociais  
Universidade de Santiago

**Perfecto Yebra Martul-Ortega**  
Catedrático de dereito financeiro da Universidade de Santiago



# Sumario

## ESTUDIOS

José Luis Meilán Gil	A regulación xurídica do “Camiño de Santiago” dende a perspectiva do Estado autonómico. _____	11
Francisco José Serna Gómez	Os ordenamentos xurídicos autonómicos: Problemática da súa configuración e integración. _____	35
José Gabaldón López	Sobre el silencio administrativo. _____	51
F. J. Jiménez de Cisneros Cid	Régimen del suelo no urbanizable: Problemas y perspectivas. _____	77
Pablo González Mariñas	Centralización e descentralización no pensamento de Manuel Colmeiro. _____	97

## NOTAS E COMENTARIOS

Xaime Rodríguez-Arana Muñoz	Manuel Colmeiro: un ilustre administrativista galego (1884-1994). _____	117
Gonzalo Diéguez Cuervo	Sobre o capítulo I do proxecto de Lei de Folga. _____	125
Miguel Beltrán Villalva	A igualdade dos cidadáns ante as administracións públicas. _____	139
Claro J. Fernández-Carnicero G.	La región como espacio político: nacionalismo y regionalismo en los Estados contemporáneos. _____	153
Juan Bautista Quintas Rodríguez	Os recursos no proceso contencioso-administrativo. _____	181

## XURISPRUDENCIA

Pablo González Mariñas	Dúas sentencias sobre o respecto ós principios de mérito e capacidade no acceso e promoción á función pública e o control xudicial da discrecionalidade técnica das comisións xulgadoras: STS do 4 de novembro de 1993. _____	211
------------------------	---	-----



## CRÓNICA PARLAMENTARIA

- 227 \_\_\_\_\_ O repartimento de competencias e o tratamento  
\_\_\_\_\_ legislativo das cámaras agrarias. José A. Sarmiento Méndez

## CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- 247 \_\_\_\_\_ Seminario sobre comunicación e cambio.  
\_\_\_\_\_ EGAP, 23 e 24 de febreiro de 1994. Miguel Anxo Bastos Boubeta
- 255 \_\_\_\_\_ IV Xornada de estudio sobre o Estatuto de Galicia.  
\_\_\_\_\_ EGAP, 6 de abril de 1994. Miguel Anxo Bastos Boubeta
- 265 \_\_\_\_\_ Xornada de estudio sobre codificación normativa.  
\_\_\_\_\_ EGAP, 12 de abril de 1994. Miguel Anxo Bastos Boubeta
- 285 \_\_\_\_\_ Xornadas de estudio sobre ordenamento urbanístico  
e a Lei de portos.  
\_\_\_\_\_ Vigo, 15 e 16 de xuño de 1994 Mercedes Reyero Fernández

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIONS

- 323 \_\_\_\_\_ *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos.*  
*(Análisis del artículo 105.b de la Constitución).*  
Juan Francisco Mestre Delgado.  
Ed. Civitas, Madrid, 1993. Margarita Prado Vaamonde
- 331 \_\_\_\_\_ *El ejemplo constitucional de Inglaterra.*  
Antonio Carlos Pereira Menaut.  
Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho  
de la Universidad Complutense de Madrid, 1992. José Ignacio Martínez Estay
- 337 \_\_\_\_\_ *Aspectos procesales de la tutela jurisdiccional  
contencioso-administrativista de los  
derechos fundamentales.*  
José Francisco López-Font Márquez.  
Ed. Comares, Granada, 1993. Francisco J. Cancela Rodríguez
- 341 \_\_\_\_\_ *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico.*  
Javier Delgado Barrio. Ed. Civitas, Madrid, 1993. Margarita Prado Vaamonde
- 349 \_\_\_\_\_ *O sistema político galego: as institucións.*  
Xosé Vilas Nogueira, Ramón Máiz Suárez  
Francisco Caamaño Domínguez, Xosé M. Rivera Otero.  
Edicións Xerais, Vigo, 1994. Miguel Anxo Bastos Boubeta
- 355 \_\_\_\_\_ *La reinvencción del Gobierno.*  
David Osborne e Ted Gaebler. Ed. Paidós, Barcelona, 1994. Miguel Anxo Bastos Boubeta

**ESTUDIOS**





José Luis  
Meilán  
Gil

# A regulación xurídica do “Camiño de Santiago” desde a perspectiva do Estado autonómico

Catedrático de dereito  
administrativo.  
Rector da Universidade  
da Coruña

## 1. *Formulación*

A conmemoración dun novo ano xubilar xacobeo coincidiu cun extraordinario impulso do “Camiño de Santiago” que resulta comprensible no reverdecer da idea de Europa que aquel contribuíu a forxar, e que coma ela tivo luces e sombras.

Este traballo constitúe unha modesta contribución a este fenómeno definidor da cultura europea, que afunde as súas raíces en profundas conviccións relixiosas, sen as cales a historia de Europa non sería comprensible.

O “Camiño de Santiago” ten sido obxecto de numerosos estudos de carácter histórico que non poden des-

coñecerse nin aquí citarse<sup>1</sup>. Un xurista non ha de substituír lexitimamente o historiador pero non debe ignorar a realidade – neste caso esencialmente histórica– que é obxecto de estudo desde a súa perspectiva. E aínda dentro dela cabe a análise de diferentes aspectos. Aquí farase desde a perspectiva do Estado autonómico, con preferente atención, polo tanto, á análise dos títulos de competencias que inciden no tema.

Porque, dun lado, de acordo cunha aproximación realista ó dereito, que defendín para a Constitución española e para algúns estatutos, como o de Galicia, os suxeitos do cal non son creación da norma xurídica correspondente, cómpre pescudar que é para o dereito ese fenómeno social que se denomina “Camiño de Santiago” e, doutro, que pode facerse desde o actual ordenamento xurídico, congruente co seu contexto social, para a protección xurídica dunha realidade histórica como é o “Camiño de Santiago”.

## 2. Evolución do seu réxime xurídico

### A) Os títulos de intervención na idade media.

A protección do peregrino constitúe o núcleo fundamental das numerosas disposicións xurídicas, tanto eclesiásticas como civís, que inciden no “Camiño de Santiago”<sup>2</sup>. A título de exemplo poden citarse, respectivamente, o canon 4º do Concilio de León de 1114, ratificado no Concilio compostelán do 17 de decembro do mesmo ano:

“Peregrini ..., in pace sint, et secure per terras eant, ut nemo in eos vel eorum manus mittat”

e as Partidas (I,23) do rei Alfonso X O Sabio:

“Romeros e pelegrinos son omes que fazen sus romerías e pelegrinajes por servir a Dios e honrar los santos, e por sabor de fazer esto estranan se de sus logares, e de sus mugeres, e de sus casas, e de todo lo que han, e van por ajenas, lazerando los corpos, e despendiendo los aueres, buscando los santos. Onde los omes que con tan buena intención, e a tan santa, andan por el mundo, derecho es, que mientra en esto andouiren, que ellos e sus cosas sean guardados, de manera, que ninguno no se atrea de yr contra ellos, faziendoles mal ...”.

Para esa protección xurídica os peregrinos consideráranse “persoas sagradas” e equipáranse ós mercadores,

<sup>1</sup> Entre a abundante bibliografía sobre o Camiño de Santiago, estimulada recentemente pola conmemoración do xubileo o Ano Santo de 1993 ou Xacobeo 93, segundo a publicidade oficial, citarei tres obras de décadas diferentes: L. VÁZQUEZ DE PARGA, J. M<sup>a</sup> LACARRA e J. URIA, *Las peregrinaciones a Santiago de Compostela*, CSIC, Madrid 1949, reimpresa en 1992 en Pamplona; E. VALIÑA SAMPEIRO, *El camino de Santiago. Estudio histórico-jurídico*, Lugo, 1971; E. LÓPEZ PEREIRA, *Guía medieval do peregrino*, Códice Calixtino, Libro V, Vigo, 1993; I. GRANADO HIJELMO, “La Rioja y el Camino de Santiago: estructuras jacobeanas del sistema riojano”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, 2 (1993), pp. 151 a 230.

<sup>2</sup> Cfr. E. VALIÑA, *op. cit.*, pp. 17 e ss.

desde aquel punto de vista, como recoñece o citado Concilio de León:

“Negotiatores et peregrini,... in pace sint, et securi per terras eant ut nemo in eos vel eorum res manus mittat”,

quizais, como se dixo<sup>3</sup>, “por venir, como ellos, de lejanas terras, desconocérseles su foro o legislación personal, fomentando unos y outros, con su tránsito, el comercio, la riqueza e la cultura”, aínda que as Partidas (V,8,27) establecen diferencias entre uns e outros, porque os peregrinos van “con entención de servir a Dios e ganar perdón de sus pecados e parayso”, mentres que os mercaderes van con “entención de ganar algo”.

Os reis medievais toman ó seu cargo, como unha función rexia, a protección dos peregrinos, sobresaíndo nese sentido Alfonso IX e Alfonso X. É a xustificación primeira do Estado: a seguridade das persoas, a defensa dos dereitos humanos diríamos hoxe, coa que han de relacionarse as categorías xurídicas da policía e da orde pública.

Esa protección xustificará a propia existencia do camiño, que será “camiño real” –un ben de dominio público, diríamos hoxe–. Asegura-la paz, garanti-la seguridade dos peregrinos no “camiño Xacobeo”, fan deste unha realidade que, como conxunto, é obxecto de protección xurídica.

Os testemuños dos foros son elocuentes neste sentido. No Foro xeral de Navarra (V,6,2 e VI,4,2) os roubos a comerciantes ou romeiros cometidos no “camiño francés” –denominación dunha das máis importantes rutas xacobeas– caían na xurisdicción do rei. Os delitos entendíanse como violación ou quebrantamento do “camiño francés”, que se denomina tamén “camiño do rei”, segundo fontes medievais<sup>4</sup>. O “Camiño de Santiago” xustifícase pola protección dos peregrinos e adquire un valor xurídico substantivo: tamén require ser protexido.

A *Historia Silense*, redactada contra o ano 1110, pasa por conte-la primeira referencia concreta ó Camiño de Santiago, segundo a cal Sancho O Maior

“ab ipsis namque Pirineis iugis adusque castrum Nazara quidquid terre infra continetur a potestate paganorum eripens, iter Sancti Iacobi quod barbarico timore per devia Alave peregrini declinabant absque retractionis obstaculo currere fecit”<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>4</sup> Cfr. E. Valiñas, *op. cit.*, pp. 44-45 e bibliografía alí citada.

<sup>5</sup> “Desde los montes Pirineos hasta el castillo de Nájera, sacando de la potestad de los paganos cuanto de tierra se contiene dentro, hizo correr sin retroceso el camino de Santiago, que los peregrinos torcían desviándose por Álava”. Cfr. LA-CARRA, *op. cit.*, p. 12.

Antes de Sancho O Maior, pois, os peregrinos, se habemos de crer este texto, desvíábanse por sendas extra- viadas de Álava por temor ós mouros. Fíxase unha ruta para asegura-la protección dos peregrinos. Sen embargo, o dato certo de que o territorio que vai dos Pirineos a Ná- xera –a capital do reino na época– era cristián desde bastante tempo antes, fai dubidar a algún autor da certeza daquela xustificación para soste- r que coa decisión do rei Sancho O Maior “se afirmaba una nueva ruta política, mi- litar y económica, de acuerdo con la evolución de los nue- vos Reinos cristianos en la Reconquista”<sup>6</sup>.

Emerxe dese xeito a importancia e a funcionalidade do carácter substantivo do “Camiño de Santiago” que é “ca- miño do rei”, no que este exerce a súa xurisdicción co título orixinario de protección dos peregrinos e en últi- mo termo da *pax publica*, o que é, e se denomina tamén nas fontes, “camiño público”.

Antes da decisión de Sancho O Maior, en abril de 971, consta que o Conde Garci Fernández coa súa muller Aba lle fan doazón ó mosteiro de Cardeña dunha casa pro- pia que era hospital no “camiño público” (... meam do- mum propriam, quod est hospitale in camino público, quae venit de Nájera cerca de Villa Vascones) que se iden- tifica coa ruta xacobeá<sup>7</sup>.

A consideración do camiño como “camiño público” ou “camiño do rei” supón o recoñecemento da xurisdic- ción rexia sobre todo o que acontece no camiño, fronte á xurisdicción ou á competencia municipal. Así se pon de manifesto nun incidente ocorrido en maio de 1435 en Xa- ca. Un tal Thomas, conde de Exipto, que ía “por el mun- do en peligrination por la fe christiana” deféndese da pre- tensión de cobrarlle peaxe naquela cidade argüíndo que don Alfonso rei de Aragón “li havesse dado licencia hir et pasar por su regno et terras con toda su companya et familia, francament et quita senes pagar peatge ni carga otra alguna”.

Como é constante en toda a historia do dereito pú- blico mestúranse os títulos xurídicos de intervención nun auténtico mecanismo de *feed-back*: da protección das per- soas ó dominio público. A complexa configuración dog- mática desta categoría ten moi antigos e variados ele- mentos constructivos.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>7</sup> O documento procede do cartulario de Cardeña chamado Libro de Tabla e foi dado a coñecer por BER- GANZA. Cfr. LACARRA, *op. cit.*, t. II, p. 17 e t. III, p. 13.

### B) *A dimensión cultural.*

A traxectoria temporal do “Camiño de Santiago” correspóndese co sentido da propia historia de Europa ó que vai unido. As concepcións xurídicas ligadas á idea do Sacro Imperio Romano-Xermánico quedan atrás do proceso de laicización do dereito, da autonomía do poder civil e do pluralismo relixioso e ideolóxico. A realidade do “Camiño de Santiago” sobrevive a eses cambios.

O “Camiño de Santiago” non é só unha vía, un ben de uso público. Son tamén inmobles –igrexas, hospitais, albergues–, son propiedades particulares afectadas e bens de dominio público ou patrimoniais do Estado ou da Igrexa, que constitúen un extraordinario patrimonio histórico-artístico e, en definitiva, cultural. Moita auga pasou por baixo das numerosas pontes –emblemática Puente la Reina– ata que no século XIX, a partir de 1844, a protección do “Camiño de Santiago” se entendeu como a conformación das medidas xurídicas necesarias para a ordenación e conservación do seu **patrimonio cultural**. Neste ano, a catedral de León foi declarada Monumento Histórico-Artístico. En 1896, a catedral de Santiago recibiu a mesma declaración legal do ministro, e polo Decreto do 9 de marzo de 1940 declarouse Monumento toda a cidade de Santiago.

Desde entón sucedéronse un conxunto de normas baseadas principalmente en protexe-lo patrimonio arquitectónico do “Camiño de Santiago”. Patrimonio que se fará cada vez máis extensivo, primeiro cara ás cidades (Real decreto lei do 9 de agosto de 1926, que declara que integran o Tesouro Artístico Nacional de carácter inmovible non só os monumentos e depósitos arqueolóxicos senón tamén “las edificaciones o conjuntos de ellas... cuya protección y conservación sean necesarias para mantener el aspecto típico, artístico y pintoresco característico de España”); despois cara ós espazos naturais e xardíns artísticos; e, finalmente, mediante normas de protección de categorías xenéricas de bens (castelos, hórreos, ...).

É patente que todas estas medidas non recaen no que especificamente se denomina camiño de Santiago. A protección global do camiño de Santiago virá pola vía do Decreto 2224/1962, do 5 de setembro, polo que se declara conxunto histórico-artístico o chamado camiño de Santiago e se crea o seu padroado.



Este decreto pode servirnos de elemento de contraste e punto de reflexión acerca do que hoxe pode ser entendido como protección xurídica desa realidade que chamamos Camiño de Santiago.

**1º** A ruta xacobeá ou Camiño de Santiago non se reduce a un dato físico e forma parte da conciencia histórica, é dicir, da personalidade propia do que hoxe é suxeito da Constitución, do modo de ser colectivo, reflectido pero non creado pola norma. É o que en palabras máis ou menos eufónicas se denomina “profundo arraigo sentimental e espiritual”, ou “parte do sentimento patrio”.

**2º** O camiño defínese como conxunto **histórico-artístico**, referido a lugares, edificios e paisaxes. Por esta vía o Camiño de Santiago configúrase dentro do patrimonio histórico-artístico.

**3º** Pero tamén o Camiño de Santiago fai referencia ó urbanismo, xa que o artigo 3º declara a obriga das corporacións municipais e propietarios de inmobles a “la más estricta observancia de las leyes de ensanche de población”. Trátase dunha primeira aproximación que se amplía posteriormente desde a perspectiva, non xa da Lei do solo de 1956 aparentemente descoñecida polo Decreto de 1962, senón tamén da Lei do 75, que introduce os plans directores de coordinación e lles proporciona maior importancia ós plans especiais e ó solo non urbanizable de protección.

Desde esa perspectiva pode considerarse baixo o concepto máis amplo de ordenación do territorio e tamén pola súa relación cos valores paisaxísticos ou co medio ambiente.

Pero a fragmentación dos distintos aspectos ou unha configuración reduccionista dalgún deles –como o patrimonio histórico-artístico– empuxan a unha consideración máis ampla e comprensiva, do que é bo exemplo o Real decreto 1530/1991 do 19 de outubro, que o define como “hecho cultural que forma parte del patrimonio europeo”.

Estes aspectos conducen dun modo natural a cuestionalo problema desde a perspectiva do Estado, composto vixente que, pola súa vez, obriga a formula-la distribución de competencias en función dos diversos títulos en xogo.

### 3. *A cultura como título constitucional que prevalece sobre o “Camiño de Santiago”*

Desde a perspectiva do Estado autonómico a primeira pregunta que se pode formular é se o Camiño de Santiago constitúe materia de competencia estatal ou autonómica e por que conceptos.

É evidente que na súa configuración física lles afecta a varias comunidades autónomas. Non menos obvio é que non pode reducirse ó título de estradas ou de vías de comunicación nin tampouco –malia algunha formulación de dereito positivo– a patrimonio histórico-artístico. Existe un innegable cruce de títulos competenciales e cómpre pescudar e pronunciarse sobre o que se estime que prevalece.

Para a máis cabal comprensión do fenómeno entendo que se debe partir do concepto dominante de “feito cultural”, que enfrenta os conceptos de interese e territorio. Ou dito doutro xeito, o feito físico do territorio non é exclusivo nin determinante do fenómeno cultural que denominamos Camiño de Santiago.

O aparente dilema formulado coa pregunta inicial resólvese dun xeito natural coa apelación ós artigos 149.2 e artigo 148.1.17 da Constitución. Como dixo noutro lugar<sup>8</sup>, este último recolle como materias sobre as que as comunidades autónomas poden asumir competencias para o fomento da cultura, que significativamente aparece xunto ó ensino da lingua da Comunidade Autónoma. Pola súa parte, o artigo 149,2 declara que “sen prexuízo das competencias que poderán asumir—las comunidades autónomas, o Estado considerará o servicio da cultura como deber e atribución esencial”. De acordo coa previsión constitucional, nos estatutos incluíuse aquela competencia dentro das exclusivas da Comunidade Autónoma “sen prexuízo do establecido no artigo 149.2 da Constitución” (art. 27.20 do EAG, art. 10.17 do EAPV, art. 13.26 do EAA) ou sen alusión a ese artigo (art. 9.4 do EAC, “cultura”), é dicir, no marco do artigo 149 da Constitución.

É evidente que o artigo 149.2 non está baixo a rúbrica das competencias exclusivas do Estado, aínda que recoñece que se trata dunha atribución **esencial** do Estado. Tamén é claro que esa competencia se atribúe “sen prexuízo” da posible das comunidades autónomas.

<sup>8</sup> J. L. MEILÁN, *La ordenación jurídica de las autonomías*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 70-71.

A cultura, que está esencialmente vinculada á identidade da Comunidade á que se pertence, non pode ser competencia excluínente, pero tampouco residual; trátase dunha Comunidade Autónoma ou de España. Nese sentido a STC 49/1984 do 5 de abril conclúe:

“que a cultura é algo da competencia propia e institucional tanto do Estado como das comunidades autónomas (...). Hai, en fin, **unha competencia estatal e unha competencia autonómica no sentido de que máis que un reparto de competencias vertical, o que se produce é unha concorrencia de competencias ordenadas á preservación e estímulo dos valores culturais propios do corpo social desde a instancia pública correspondente**”.

A STC 17/1991 do 31 de xaneiro corrobora o que acaba de afirmarse, ó resolver recursos de inconstitucionalidade contra a Lei 16/1985 do 25 de xuño reguladora do patrimonio histórico-artístico.

Datos do dereito positivo a ter en conta son os artigos 46 e 149.1.28 da Constitución, así como os que conteñen diversos estatutos, como o artigo 27.18 do de Galicia.

O artigo 46 da C.E. di:

“Os poderes públicos garantirán a conservación e promoverán o enriquecemento do patrimonio histórico, cultural ou artístico dos pobos de España e dos bens que o integran, calquera que sexa o seu réxime xurídico e a súa titularidade”.

Unha breve eséxese do precepto permite subliñar que a referencia ós poderes públicos é máis ampla que ó Estado, abranguendo tamén as comunidades autónomas, o que resulta congruente co que se lles realiza ós “pobos de España”. Existe, polo tanto, no precepto, o recoñecemento de competencia das comunidades autónomas na materia.

Por outra parte, o artigo 169.1.28 recoñece competencia exclusiva do Estado especificamente sobre a “**defensa** do patrimonio cultural, artístico e monumental español contra a **exportación** e a **espoliación**”, ademais de sobre “museos, bibliotecas e arquivos de titularidade estatal, sen prexuízo da súa xestión polas comunidades autónomas”<sup>9</sup>.

Unha interpretación conxunta deste precepto co anteriormente citado permite concluír que existe competencia exclusiva do Estado sobre unha **parte** da conser-

<sup>9</sup> Con base neses artigos, polo R.D. 2434/1982 do 24 de xullo traspasáronse funcións e servizos do Estado á Comunidade Autónoma de Galicia.

vación do citado patrimonio, concretada na súa defensa contra a exportación e espoliación. O que pode ser de interese da Comunidade Autónoma –de conformidade, por exemplo, coa competencia exclusiva sobre o patrimonio “de interese para Galicia” recoñecida no citado artigo 27.18 do EAG– inclúese baixo ese aspecto concreto de conservación, como interese do Estado.

A STC 17/1991 do 31 de xaneiro di a este respecto:

“Existe na materia que nos ocupa un título de atribución ó Estado definido no artigo 149.1.28 CE ó que se contrapón o que lles atribúe competencias ás comunidades, fundado nos estatutos de autonomía. De aí que a distribución de competencias Estado-comunidades autónomas en canto ó Patrimonio Cultural, Artístico e Monumental teña que partir daquel título estatal **pero articulándoo cos preceptos estatutarios** que definen competencias asumidas polas comunidades autónomas na materia. O Estado ostenta, pois, a competencia exclusiva na defensa do dito patrimonio contra a exportación e a espoliación, e as comunidades autónomas recorrentes no restante, segundo os seus respectivos estatutos; sen que iso implique que a eventual afectación de intereses xerais ou a concorrencia doutros títulos competenciais do Estado en materia determinada non se deban tamén ter presentes como límites que haberá que ponderar en cada caso concreto. (Así os títulos que resultan, *v. gr.* dos números 6 e 8 do art. 149,1)”.

Os textos constitucionais citados falan de patrimonio cultural, ó lado do histórico e do artístico. E débese lembrar tamén o artigo 149,2, previamente citado, que se refire especificamente á cultura.

Non vén ó caso realizar agora precisións extraxurídicas sobre a cultura. Abonda, como fai a citada STC 17/1991, relaciona-los conceptos referidos desde o punto de vista competencial para conseguir unha interpretación razoable, partindo do dato elemental de que o patrimonio histórico-artístico e os seus elementos contribúen á cultura e forman parte do “patrimonio cultural”. Nese sentido a citada STC 17/1991 parte de que “non hai dúbida de que eses bens **pola súa natureza** forman parte do xenérico concepto constitucional de cultura” (f. x. 2º).

Precisamente esta toma de posición permitirá formula-lo deslinde de competencias con maior facilidade, superando a perspectiva estricte do patrimonio histórico-ar-

tístico, como mero conxunto de bens obxectivamente considerados sen atender á súa funcionalidade ou destino, polos valores que conteñen ó servizo dos suxeitos –da humanidade, en fin– que os perciben, máis alá da consideración económica, incluída a titularidade dominical. Con palabras da STC 17/1991

“é posible por iso achar na referida integración fundamento para unha competencia estatal máis ampla que a derivada do concreto título antes dito. Como este Tribunal xa tivo ocasión de sinalar (SSTC 49/1984, 157/1985 e 106/1987), “a cultura é algo da competencia propia e institucional, tanto do Estado como das comunidades autónomas ...”. “Esta é a razón á que obedece o artigo 149.2 CE no que despois de recoñece-la competencia autonómica se afirma unha competencia estatal, poñendo o acento no servizo da cultura como deber e atribución esencial”.

A perspectiva cultural permite, por iso, tamén unha apreciación do interese xeral e, polo tanto, unha competencia do Estado máis alá da defensa á que se refire o artigo 149.1.28 da CE. Por iso, continúa dicindo a STC 17/1991:

“Debe, pois, afirmarse a existencia dunha competencia concorrente do Estado e das Comunidades Autónomas en materia de cultura cunha acción autonómica específica, pero tendoa tamén o Estado “na área de preservación do patrimonio cultural común, pero tamén naquilo que precise de tratamentos xerais ou que faga falla esa acción pública cando os fins culturais non se puidesen lograr desde outras instancias” (STC 49/1984 citada). A integración da materia relativa ó patrimonio histórico-artístico na máis ampla que se refire á cultura permítelle achar fundamento á potestade do Estado para legislar naquela”.

Consecuencia desa orientación é a necesaria colaboración entre Estado e comunidades autónomas, “deber xeral” que “é de esencia ó modelo de organización territorial do Estado implantado pola Constitución” (SSTC 80/1985, 18/1982, 96/1986, 17/1991). E, por outra parte, o importante recoñecemento da competencia das comunidades autónomas e non só do Estado para realizar “funcións de difusión internacional dos valores culturais destes bens”, entendida como acción desenvolvida fóra do territorio da Comunidade Autónoma e non como materia de relacións internacionais, de exclusiva competencia

estatal. Aquí atopa a súa base o máis intenso exercicio da súa competencia de promoción por unha Comunidade –sen necesidade de acudir a autorizacións doutras– así como a viabilidade legal dos posibles convenios entre comunidades autónomas, titulares de intereses comúns.

#### 4. Funcionalidade do interese na delimitación de competencias

<sup>10</sup> Sobre a proxección extraterritorial das competencias dunha Comunidade Autónoma, cfr. J. L. MEILÁN, *Ordenación jurídica ... cit.*, pp. 137-142 e, entre as máis recentes, STC 80/1993 (“a dimensión exterior dun asunto non pode servir para realizar unha interpretación extensiva do artigo 149,1,3”, relativo a relacións exteriores, materia que é de exclusiva competencia do Estado. Sobre o tema *vid.* tamén STC 125/1984, 153/1989, e voto particular a STC 180/1992).

<sup>11</sup> Cfr. A. MARTÍNEZ BLANCO, “La conservación del patrimonio eclesiástico”, *RAP* nº 75, 1974, p. 432.

<sup>12</sup> Cfr. M. GRISOLIA, *La tutela della cosa d'arte*, Roma, 1952, p. 202.

<sup>13</sup> Cfr. SANDULLI, *Beni Pubblici*, “Enciclopedia del diritto”, p. 279.

<sup>14</sup> Cfr. M. S. GIANNINI, “I beni culturali”, *RTDP*, 1976, e T. ALIBRANDI e P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milán, 1978, pp. 16 e ss. En España acolleu esta doutrina E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural”, *REDA* nº 39, 1983, pp. 582-3.

O concepto de interese cobra así unha especial e lóxica importancia, non podendo acantoarse a materia de cultura nun territorio e iso xoga tanto en favor da Comunidade Autónoma, coma do Estado<sup>10</sup>. Iso é, por outra banda, característico dos “bens culturais”.

Os bens do Patrimonio Histórico-Artístico foron concebidos tradicionalmente como de dominio público se o seu titular é o Estado (*ad. ex. S. Álvarez Gendin*) ou de propiedade privada suxeita a limitacións administrativas (*ad. ex. Zanobini*, e en España Garrido Falla), con numerosas formulacións<sup>11</sup>.

A insatisfacción dese encadramento provocou a construción da categoría de bens de interese público situados entre o dominio público e a patrimonialidade e, polo que aquí interesa, de bens “funcionais” que xustificaría na Administración a existencia de potestades para aseguralo destino público daqueles<sup>12</sup>. Nesta liña doutrinal ponse o acento máis que no suxeito –no titular da cousa–, na aptitude obxectiva da cousa para satisfacer un interese público que se pode descubrir tanto no que lle pertenza ó Estado como a un particular<sup>13</sup>.

Un paso adiante constitúe a configuración da categoría autónoma de bens culturais<sup>14</sup>. O punto de partida tomado no dereito italiano de concretos preceptos é a idea de “interese” (artístico, histórico, documental, etc.), interese “obxectivo” que revela un valor típico existente na cousa que se podería expresar como “valor de civilización” ou máis concretamente “valor cultural” que lle interesa a toda unha sociedade ou incluso a toda a humanidade, segundo declaracións ordinarias de organismos internacionais.

De acordo cun método que podería denominarse estructuralista e con base na vella distinción de dominio

útil e de dominio directo, se ben reformulada, o profesor Giannini, apoiándose noutra exposta por Pugliatti entre cousa e ben, sostén que o ben cultural ten como soporte unha cousa, pero non se identifica con ela, aínda que como tal ben manifesta o valor cultural inherente á cousa. Polo tanto, unha mesma cousa pode ser entendida como **ben patrimonial** obxecto do dereito de propiedade e doutros dereitos reais e negocios xurídicos e/ou como **ben cultural**, obxecto de titularidades públicas como soporte de potestades que se exercen en función da natureza do ben e do seu destino esencialmente ligado á colectividade, de tal modo que coexisten na mesma cousa unha utilidade cultural e unha utilidade económica que é preciso compatibilizar xuridicamente.

Desde esta perspectiva compréndese facilmente que a titularidade patrimonial sexa secundaria en relación co ben cultural e que unha mesma disciplina xurídica abrangue os bens que patrimonialmente lle “pertencen” ó Estado ou a un particular. Os bens culturais veñen confirmala fecundidade da dirección doutrinal acerca do dominio público e que rexeita a súa necesaria identidade como propiedade pública. Porque, como se dixo, “o ben cultural é público, non tanto como ben de pertenza –poderíase dicir de propiedade– senón como ben de fruición”. En consecuencia, o ben cultural será estatal no sentido de que “forma parte” do ordenamento estatal, máis que no sentido de que teña o Estado como “propietario” no sentido privativo do termo.

A aparente “propiedade” do Estado próbase polo elemental dato de que este, como organización, non goza realmente do ben, non ten a facultade de usar e gozar como propietario da cousa, senón que a titularidade estatal se xustifica pola necesidade de que o ben cultural sexa gozado pola colectividade para o que, entre outras cousas, haberá de velar pola “integridade física” da cousa, que é máis importante –desde o punto de vista cultural– que a “integridade patrimonial”, é dicir que a conservación da específica titularidade estatal. Dito doutro xeito, **o fundamental é que o ben cultural cumpra coa súa funcionalidade de ser susceptible de goce pola sociedade de tódolos tempos**<sup>15</sup>.

O cumprimento dese fin require un determinado réxime xurídico –por exemplo imprescritibilidade ou in-

<sup>15</sup> Nese contexto ten sentido falar de “patrimonio de la humanidad” ou a referencia ás xeracións futuras que fai o art. 1º da LPHE.

dispoñibilidade– pero non necesariamente a apropiación *more privato* do ben polo Estado. Pola mesma razón o Estado ten potestade sobre os bens culturais que, como patrimoniais, lles pertencen a particulares, para asegura-la esencial funcionalidade daqueles. E neste sentido os bens culturais, tamén neste caso, son públicos, aínda que o titular patrimonial poida dispoñer limitadamente dos mesmos deixando sempre a salvo aquela funcionalidade.

Na miña opinión a categoría de bens culturais, tal como se expuxo, explica mellor a realidade que a liña doutrinal, que pon énfase na titularidade pública ou privada destes bens para cualifica-los de titularidade estatal como bens de dominio público, “con vinculación demanial absoluta”<sup>16</sup> e os de titularidade privada como propiedade “vinculada”<sup>17</sup> ou “institución xurídica que se atopa máis cerca da demanialidade que da patrimonialidade do dereito privado”<sup>18</sup>.

En definitiva, o Estado responde de que **tódolos** bens culturais –e por iso se fala de **Patrimonio** Histórico Español– cumpran coa funcionalidade que os define e xustifica a súa existencia. A titularidade **patrimonial** –como propietario dos mesmos– **terá o seu fundamento, nuns casos, na “natureza das cousas”** –caso dos arquivos administrativos constituídos por documentos que teñan producido os diferentes órganos e entes administrativos– e **noutros casos será resultado dun proceso histórico que, como tal, non se pode abranguer completamente por esquemas xurídicos –ou racionais– teóricos**<sup>19</sup>.

O dereito positivo español ofrece mostras claras de admisibilidade da doutrina exposta sobre os bens culturais. Nese sentido o artigo 46 da Constitución de 1978 recolle como un dos principios rectores da política social e económica que, como mínimo, ha de informa-la lexislación positiva, a práctica xudicial e a actuación dos poderes públicos (art. 53.3 da CE) a garantía dos poderes públicos da conservación do patrimonio histórico, cultural e artístico dos pobos de España e dos bens que o integran **“calquera que sexa o seu réxime xurídico e a súa titularidade”**. A conservación e a promoción do enriquecemento dese patrimonio é o obxectivo fundamental e primordial da actividade dos poderes públicos; a titularidade dos bens ten un carácter secundario na preocupación constitucional.

<sup>16</sup> E. ROCA, *El patrimonio artístico y cultural*, Madrid, 1976, p. 28, coa dirección de ÁLVAREZ GENDIN e LÓPEZ RODÓ.

<sup>17</sup> R. MARTÍN MATEO, “La propiedad monumental”, *RAP* nº 49, 1966, p. 83.

<sup>18</sup> E. ROCA, *op. cit.*, p. 32, e M. BASSOLS, “El patrimonio histórico español: aspectos de su régimen jurídico”, *RAP*, 114, 1987, p. 105, que subliña a fuxida de declaracións desa natureza pola LPHE.

<sup>19</sup> A teoría do dominio público, formulada no século pasado, non pode prescindir dese arrastre histórico “irracional” (a alusión ós elementos histórico e racional no dereito español do patrimonio artístico e cultural en P. GARCÍA-ESCUADERO e B. PIENDAS, *El Derecho del Patrimonio histórico: Teoría General*, Madrid, 1986, pp. 25 e ss.).



Na Lei 13/1985 do 25 de xuño do Patrimonio Histórico Español (LPHE) onde pode comprobarse con maior amplitude o acollemento da citada doutrina dos bens culturais. O denominado Patrimonio Histórico Español é concibido como “unha riqueza colectiva que contén as expresións máis dignas de aprecio na contribución histórica dos españois á cultura universal”, é un “elemento de identidade cultural” e os “bens que o integran convertéronse en patrimoniais debido exclusivamente á acción social que cumpren, directamente derivada do aprecio co que os mesmos cidadáns os foron revalorizando”.

Certamente, recoñécese a titularidade estatal –ou pública– dalgúns deses bens; pero o decisivo é aquela funcionalidade debida á “acción social que cumpren”. E, por iso, no seo do Patrimonio Histórico Español se lle outorga unha singular protección e tutela á categoría de “bens de interese cultural” (arts. 9 a 13), que non depende da súa titularidade estatal ou privada.

Resulta congruente con todo o anterior que o Consello de Europa, coa Recomendación 987/1984 da súa Asemblea Parlamentaria, declarase a ruta xacobeá como primeiro itinerario **cultural** europeo.

A doutrina exposta serve para a delimitación de competencias estatais e autonómicas sobre cultura, de acordo coa natureza concorrente das mesmas e non exclusiva do Estado.

## **5. Outros títulos de competencias incidentes**

Desde esta consideración de elemento cultural han de examinarse as demais competencias que, por diferentes títulos, inciden no “Camiño de Santiago” como unidade.

**a.** Un deses outros títulos competenciais é o do **medio ambiente**. Téñase en conta que o “Camiño de Santiago” non é calquera vía que chegue a Santiago de Compostela e que o camiño histórico, ateigado de bens histórico-artísticos, é tamén unha paisaxe.

O artigo 149.1.23 da CE, co seu abeiro no artigo 45 da mesma, atribúelle ó Estado competencia exclusiva sobre a materia sen prexuízo da competencia das comunidades autónomas para dictar “normas adicionais”, entendén-

dose pola STC 170/1989 do 19 de outubro, que a lexislación do Estado “non cumpre neste caso unha función de uniformidade relativa, senón máis ben **de ordenación mediante mínimos** que han de respectarse en tódolos casos, pero que poden permitir que cada unha das comunidades autónomas, con competencia na materia, establezan niveis de protección máis altos que non entrarían só por iso en contradicción coa normativa básica do Estado”.

Estas normas adicionais, segundo o artigo 27.1 do Estatuto de autonomía de Madrid pódense referir a “evitar o deterioro dos equilibrios ecolóxicos” incluíndo na relación exemplificable a conservación dos “testemuños culturais dentro do territorio da Comunidade”.

A consideración de cada caso concreto será decisivo para a selección do título competencial preferente. A citada STC 170/1989 considera como tal, o relativo ó medio ambiente nun Parque Nacional.

O título sobre medio ambiente manéxase amplamente na STC 149/1991 do 4 de xullo sobre a Lei de costas para recoñece-la competencia estatal predominante sobre a que as comunidades autónomas teñen en exclusiva sobre ordenación do territorio, litoral e urbanismo:

“Esta natureza e estas características da zona marítimo-terrestre non se reducen, como é ben sabido, ó simple feito físico de ser esa zona o espacio no que entran en contacto o mar e a terra. Desda situación derivan unha serie de funcións sociais que a Carta Europea do Litoral resume, no primeiro dos seus apartados, sinalando que é esencial para o mantemento dos equilibrios naturais que condicionan a vida humana, ocupa un lugar estratéxico no desenvolvemento económico e na reestructuración da economía mundial, é soporte das actividades económicas e sociais que crean emprego para a poboación residente, é indispensable para o recreo físico e psíquico das poboacións sometidas á presión crecente da vida urbana e ocupa un lugar esencial nas satisfaccións estéticas e culturais da persoa humana. Para servir a estas funcións o lexislador estatal non só está facultado, senón obrigado, a protexe-lo demanio marítimo-terrestre a fin de asegurar tanto o mantemento da súa integridade física e xurídica, como o seu uso público e seus valores paisaxísticos”.

E trátase de finalidades, continúa dicindo a sentenza,

“que abeira o artigo 45 CE”. É de nota-la interrelación das notas definitórias da materia, entre as que figura a cultura, como sucede tamén na Carta Europea de Ordenación do Territorio, aprobada pola CEMOT (Conferencia Europea de Ministros de Ordenación do Territorio) o 23 de maio de 1983, citada pola referida sentenza, segundo a cal a ordenación do territorio é “expresión espacial da política económica, social, **cultural** e ecolóxica de toda sociedade”.

No caso do “Camiño de Santiago” a consideración do título sobre o medio ambiente debe respecta-la natureza predominante da materia cultura. En cambio, a competencia para normas adicionais, entendida como competencia exclusiva da Comunidade Autónoma, atoparía unha lóxica razón de ser no interese predominante daquela.

Como técnica de protección do medio ambiente recoñecida por o TC (STC 64/1982, do 4 de novembro), corresponderalle ó lexislador “defender e restaura-lo medio ambiente”, dentro do programa de recuperación e de restauración do Camiño de Santiago.

**b.** Desde a formulación que se está realizando ha de comprenderse tamén a funcionalidade do título competencial sobre a **ordenación do territorio e o urbanismo**, recoñecido de exclusiva competencia das comunidades autónomas, que ha de xogar no ámbito do medio ambiente e do patrimonio histórico-artístico, como, doutra parte, ten recoñecido o dereito positivo.

A lexislación urbanística fai referencia ás construcións en lugares que formen parte dun grupo histórico-artístico ou as súas zonas lindantes e, como regra xeral, establécese a necesidade de que tales construcións se adapten no básico ó ambiente en que estivesen situadas, existan ou non plans de ordenación aprobados. Son normas de directa aplicación<sup>20</sup>.

Así mesmo, a Lei 16/1985, do 25 de xuño, de Patrimonio Histórico Español, dispón determinadas normas para a utilización destes bens: esixencia de autorización para calquera cambio de uso (art. 36.2); esixencia de notificación previa a calquera alleamento e facultade da Administración para exercer-los dereitos de tanteo e retracto (art. 38.1 a 5)<sup>21</sup>; impedindo derrubamentos e sus-

<sup>20</sup> Art. 138 do texto refundido da Lei sobre o réxime do solo e ordenación urbana aprobado polo Real decreto legislativo 1/1992 do 26 de xuño.

<sup>21</sup> *Vid.* f.x. 18, STC 17/1991, que declara a constitucionalidade destes preceptos.

pendendo calquera clase de obra ou intervención dun ben declarado de interese cultural (art. 37.1); realización de modo directo das obras necesarias cando o requira a máis eficaz conservación dos bens (art. 36.3), etc. Son todas elas normas que o lexislador estatal dictou en exercicio das súas competencias para a defensa do Patrimonio Histórico (art. 149,1,28), pero a execución corresponderalles, ó noso xuízo, ás CCAA, non só polo amplo matiz urbanístico que levan consigo, senón pola competencia que segundo o art. 148.1.16 e os estatutos de autonomía ostentan as CCAA, e concretamente a de Galicia, sobre o Patrimonio Histórico-Artístico, sen prexuízo das medidas que adopte o Estado, no ámbito das súas competencias, para a defensa daquel.

Conforme á lexislación urbanística en vigor, os plans directores territoriais de coordinación conterán determinacións sobre “as medidas específicas de protección do patrimonio histórico-artístico, arquitectónico e cultural, non só en canto lles afecten a monumentos e conxuntos, senón tamén ó seu contorno ou ós espazos que sexan precisos para preservar determinadas perspectivas” (art. 11 do Regulamento de planeamento urbanístico).

Así mesmo, o art. 138 do texto refundido da Lei do solo establece que “as construcións en lugares inmediatos ou que formen parte dun grupo de edificios de carácter artístico, histórico, arqueolóxico, típico ou tradicional terán que harmonizar co mesmo, ou cando, sen existir conxunto de edificios, houbese algún de grande importancia ou calidade dos caracteres indicados” (apartado a). Ademais, “nos lugares de paisaxe aberta e natural, sexa rural ou marítima, ou nas perspectivas que ofrezan os conxuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos ou tradicionais, e nas inmediacións das estradas e camiños de traxecto pintoresco, non se permitirá que a situación, masa, altura dos edificios, muros, peches, ou a instalación doutros elementos, limite o campo visual para contempla-las belezas naturais, rompe-la harmonía da paisaxe ou desfigura-la perspectiva propia do mesmo” (apartado b).

A Lei 16/1985, do 25 de xuño, articula unha nova figura de planificación específica para protexe-lo Patrimonio Histórico-Artístico. No seu art. 20 dispón:

“A declaración dun conxunto histórico, sitio histórico ou zona arqueolóxica, como bens de interese cultural, determinará a obriga para o municipio ou municipios nos que se encontrasen, de redactar un plan especial de protección da área afectada pola declaración ou outro instrumento de planeamento dos previstos na lexislación urbanística que cumpra en todo caso as esixencias nesta lei establecidas. A aprobación do dito plan requirirá o informe favorable da Administración competente para a protección dos bens culturais afectados”.

c. A todo isto ha de engadirse a consideración primaria de **ben de dominio público viario**, coa súa distribución de competencias por razón do territorio e **non integradas** na rede do Estado (art. 148.5º da CE), que leva consigo non só protección, senón tamén delimitación e fixación, recuperando trazados históricos esenciais.

## 6. Colaboración e coordinación administrativa en relación co “Camiño de Santiago”

**1.** Este entrecruzamento de títulos competenciais reclama unha **colaboración necesaria**, como concreción da sempre indispensable e agora actual lealdade federal ou deber de fidelidade ó sistema recollido polo Tribunal Constitucional<sup>22</sup> e que como dereito positivo se recolle no artigo 6 da Lei 30/1992 e no artigo 57 da Lei 5/1985 de bases de réxime local.

A esa idea de colaboración, propia de competencias concorrentes, alude a STC 17/1991 do 31 de xaneiro:

“como sinalou a abundante xurisprudencia deste tribunal (SSTC 80/1985, 18/1982 e 96/1986, entre outras), existe un deber xeral de colaboración entre o Estado e as comunidades autónomas que non é preciso xustificar mediante preceptos concretos (e que se ve reforzado polo mandato do art. 149.2), porque é de esencia ó modelo de organización territorial do Estado, implantado pola Constitución; de xeito que a previsión xenérica de medidas que faciliten a “súa” colaboración e o mutuo intercambio de información en materia de patrimonio histórico, non só non se pode considerar contrario á Constitución, senón esixido polo artigo 149.2 CE, porque ademais o precepto fala de “facilitar (non impoñer) esa colaboración” (a da Administración do Estado), cos restantes poderes públicos e a destes entre si”.

Esa colaboración tivo xa importantes manifestacións:

<sup>22</sup> STC do 28 de xaneiro de 1986, *ad exemplum*.

a) Acordo do 22 de outubro de 1987 entre as CCAA e a Administración central, para a recuperación e revitalización do Camiño de Santiago. b) Acordo do 28 de xaneiro de 1989 de colaboración entre as CCAA de Navarra, A Rioxa, Castela e León e Galicia e a Secretaría Xeral de Turismo do Ministerio de Transportes, Turismo e Comunicacións, para a ordenación e promoción turística do Camiño de Santiago. c) Convenio de cooperación do 15 de marzo de 1991 para o desenvolvemento do suscrito o día 22 de outubro de 1987, entre as citadas comunidades autónomas, polo que se “comprometen á elaboración, no ámbito das súas competencias e espacio territorial, dun programa de actuación” relativo á protección e recuperación física do camiño, en promoción e difusión cultural, actuación sobre o patrimonio histórico-artístico, apoio e promoción do peregrino e ordenación e promoción turística. d) Acordo do 15 de marzo de 1991, para a petición da adopción de determinadas actuacións ó Goberno da Nación con ocasión da celebración do Ano Santo de 1993 entre as CCAA de Galicia, A Rioxa, Aragón, Navarra e Castela e León, entre as que figuraban a creación do Consello Xacobeo e Proxecto de lei de beneficios fiscais e emisión de débeda pública para financiar os programas das citadas comunidades autónomas.

O **Consello Xacobeo** foi creado polo Real decreto 1530/1991 do 18 de outubro como “órgano de colaboración que facilite o intercambio de información entre ámbalas instancias, a programación concertada das accións a cargo de cada unha delas, así como a coordinación de actuacións naqueles casos nos que se estime preciso por ámbalas administracións”, a do Estado e das comunidades autónomas. Unha vez máis recoñécese como fundamento, a concepción do Camiño de Santiago como “feito cultural”.

A finalidade prioritaria desta comunidade de traballo é a de crear un marco estable de coordinación e de cooperación das diferentes administracións públicas interesadas na recuperación e revitalización do Camiño de Santiago.

No mesmo sentido oriéntase o **Consortio da Cidade de Santiago de Compostela** creado ó abeiro do artigo 87 da Lei 7/1985 do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local polas administracións do Estado, da Comu-

nidade Autónoma de Galicia e do Municipio de Santiago de Compostela.

A necesidade de **coordinación** faise patente tamén dentro do seo da propia Comunidade Autónoma<sup>23</sup>. Por iso, polo Decreto 413/1986, do 18 de decembro, se modifica a composición e o funcionamento das comisións do Patrimonio Histórico Galego, que viñan funcionando con moitas deficiencias a partir do Decreto 3194/1970, do 22 de outubro (posteriormente reguladas polo Decreto da Xunta 160/1982, do 1 de decembro).

Segundo este decreto créanse en cada unha das provincias galegas e, pola súa especial significación, en Santiago, as comisións territoriais do Patrimonio Histórico-Artístico como órganos colexiados. Polo que aquí interesa, a Comisión da Cidade e Camiño de Santiago terá como ámbito territorial o que comprende o conxunto histórico-artístico de Santiago, declarado polo Decreto do 9 de marzo de 1940 e "o Camiño de Santiago no ámbito da Comunidade Autónoma declarado polo Decreto 2224/62 do 5 de setembro"<sup>24</sup>.

## **7. Principais liñas de actuación da Comunidade Autónoma de Galicia**

No ámbito das súas propias competencias, a Comunidade Autónoma de Galicia emprendeu diversas actividades dirixidas á protección do "Camiño de Santiago". Entre os obxectivos principais desta actuación pódense destacar os seguintes: identificación do camiño, delimitando o territorio sobre a propia Comunidade Autónoma e sobre o conxunto do territorio europeo finalmente; sinalización de maneira uniforme coas demais zonas do Camiño de Santiago fóra de Galicia; restauración do patrimonio monumental e natural situado no seu contorno; recuperación da tradición cultural do Camiño de Santiago (histórica, literaria, musical, artística, ...); divulgación e fomento do Camiño de Santiago.

### **A) Determinación e protección**

A principal vía de protección do Camiño de Santiago veu constituída pola publicación, mediante resolución do

<sup>23</sup> Sobre colaboración ou cooperación e coordinación a STC 214/1989 do 21 de decembro e entre a bibliografía recente J. L. MEILAN, "Autonomías y descentralización local", *REALA*, 243 (1989), P. MENÉNDEZ, *Las potestades administrativas de dirección y coordinación territorial*, Madrid, 1993, e C. AYMERICH, *La acción de fomento en el Estado compuesto*, (tese de doutoramento), A Coruña, 1993.

<sup>24</sup> As súas funcións enúmeranse no artigo 3: "a) Asegura-la protección e posta en valor dos bens de interese cultural da Comunidade Autónoma galega, así como o de tódolos bens, mobles e inmobles, de carácter histórico, artístico, paleontolóxico, arqueolóxico, etnográfico, científico ou técnico e os do patrimonio documental e bibliográfico, os xacementos e zonas arqueolóxicas, e os sitios naturais, xardíns e parques, de interese para Galicia. b) Elabora-los plans ou propostas de actuación anual que lle sexan solicitados pola Dirección Xeral ou que as Comisións conside-

10 de xaneiro de 1990, das normas complementarias e subsidiarias de planeamento das provincias da Coruña, Lugo, Ourense e Pontevedra.

Nestas normas establécese a necesidade de levar a cabo a delimitación física do Camiño de Santiago (art. 3.3.7) que lle corresponde á Comisión do Patrimonio Histórico-Artístico da cidade e Camiño de Santiago de Compostela. Consiste na delimitación pormenorizada do mesmo e do seu ámbito de influencia na Comunidade Autónoma de Galicia, coa conseguinte catalogación e inventario dos seus elementos significativos<sup>25</sup> e das actuacións na súa protección.

A delimitación do Camiño de Santiago comprenderá:

- A faixa de territorio habitualmente considerada camiño, á luz dos estudos históricos e xeográficos que se realicen.
- Unha faixa lindante que constituirá zona de servidume, co fin de protexer, como é propio dos bens de dominio público, a integridade daquel.
- Unha faixa de protección para protexe-lo contorno do mesmo, onde se limitan os usos e se esixe previa autorización para as actividades que se determinan.

A delimitación do Camiño de Santiago vai acompañada da catalogación e inventario de tódolos seus elementos significativos.

Mentres non se procede a esta delimitación, as normas complementarias e subsidiarias dispoñen certas medidas de protección do patrimonio histórico, artístico e arqueolóxico, cando se trate de Solo Non Urbanizable, como son o establecemento dunha área de protección, que consistirá nunha faixa cunha profundidade diferente segundo o elemento de que se trate, que se medirá a partir do punto máis exterior do ben que se trate de protexer (por exemplo, igrexas, mosteiros, conxuntos parroquiais ...: 100 metros; pazos, casas con escudos, ...: 50 metros; pontes, vías romanas ou medievais, ...: 50 metros, etc.).

Cando se trate dunha parte do camiño que atravesase núcleos de poboación, estableceranse determinadas condicións de uso e de edificación, que non poderán atentar contra os valores esenciais protexidos. Calquera actuación que se pretenda realizar, xa no elemento protexido, xa na

ren oportuno elevar a esta por propia iniciativa. c) Emitilos informes, dentro do seu ámbito territorial, que lle sexan solicitados pola Dirección Xeral do Patrimonio Histórico-Artístico e calquera función que poida serlle encomendada que se inclúa no exercicio das competencias que lle son propostas. d) Coñece-los proxectos de obras e intervencións que afecten ó patrimonio histórico no seu ámbito territorial proponendo a súa aprobación ou denegación o Delegado Provincial da Consellería de Cultura e Benestar Social, tanto se son de iniciación pública como privada, agás aquelas que promova directamente a Dirección Xeral. e) Formularlle as propostas de incoación á Dirección Xeral de Cultura e do Patrimonio Histórico-Artístico dos bens integrantes do patrimonio cultural galego.

<sup>25</sup> Segundo a STC 17/1991 (f.x. 12<sup>º</sup>) é constitucional a coexistencia de rexistros propios das CCAA ademais do estatal que establece a Lei 16/1985, do 25 de xuño.



súa área de protección, precisará do informe favorable previo da Comisión Provincial do Patrimonio.

Por resolución do 12 de novembro de 1992 (BOE do 27 de xaneiro de 1993) da Dirección Xeral do Patrimonio Histórico e Documental da Xunta de Galicia concretouse e definiuse a delimitación do conxunto histórico do Camiño de Santiago (camiño francés) cos planos correspondentes ós distintos municipios polos que transcorre.

### B) *Recuperación*

Baixo este epígrafe recóllense as diversas medidas de fomento, acción cada vez máis acusada das comunidades autónomas. Entre elas poden citarse as contidas na Lei 12/1991, do 14 de novembro, de Galicia sobre traballos de dotación artística nas obras públicas e camiños de Santiago.

Como establece o seu artigo 1º, no presuposto dos proxectos técnicos das obras que acometa a Xunta ou calquera entidade pública dentro do territorio da Comunidade Autónoma de Galicia, cando o mesmo sexa financiado total ou parcialmente con fondos da propia Comunidade Autónoma, comprenderase unha porcentaxe para traballos artísticos, de decoración, embelecemento, dotación de obras de arte, conservación ou restauración destas ou do seu contorno, ou ben para a revitalización conveniente no percorrido e na zona de influencia dos camiños de Santiago. Exceptúanse dese réxime as obras derivadas da execución dos plans de investimento xacobeo.

## 8. *Conclusión*

A identificación do “Camiño de Santiago” como ben cultural<sup>26</sup>, permite articular un tratamento xurídico ordinario, aproximarse ó Estatuto xurídico do camiño e resolve-los problemas que formula a súa fixación e protección.

Do anteriormente exposto dedúcese con toda claridade que o camiño non é unha “vía de comunicación” asimilable ó residual concepto de camiños da lexislación local e, pola súa propia natureza, é contradictorio co dominante concepto de estrada<sup>27</sup>. Desde a perspectiva da

<sup>26</sup> Ese carácter predomina en M. RAZQUÍN LIZARRAGA, “El Camino de Santiago en Navarra: notas jurídicas”, *Revista Jurídica de Navarra* nº 15 (1993), pp. 257 e ss.

<sup>27</sup> Cfr. *a contrario sensu*, J. PEMÁN GAVIN, “Sobre la Regulación de las carreteras en el Derecho español”, *RAP* 129, (1992), pp. 156-158.

súa recuperación e da constatación de fenómenos irreversibles para iso e atribuíbles xenericamente á “historia”, haberá que subliña-lo carácter de “itinerario” do camiño, do que deben permanecer suficientes datos de referencia para ser considerado como tal.<sup>28</sup>


Resulta tamén obvio que os preceptos antes citados da Lei de Patrimonio Histórico español, singularmente o artigo 20, non son apropiados para un fenómeno, como o Camiño de Santiago, que reborda amplamente a dimensión municipal.

Por iso, quizais a instrumentación xurídica máis axeitada sería a dunha Lei do Parlamento da Comunidade Autónoma, co título competencial de cultura e a utilización do Plan especial previsto no artigo 84 do texto refundido da Lei do solo, como desenvolvemento do Plan director territorial de coordinación, se existe, ou desempeñando a súa función a lei autonómica.

Dada a incidencia nos municipios e aínda en propiedades privadas, será necesario en todo caso unha efectiva e ampla participación dos entes e das persoas afectadas.

A actualización da protección xurídica do Camiño de Santiago constitúe unha resposta realista á iniciativa plausible, por tantos conceptos, de actualizar, de revitalizar un anaco da historia de Europa. De afondar nas raíces europeas e universais da galeguidade.

É a gloria e a limitación do dereito que ha de ser concibido como universidade articulada, sen compartimentos estancos. Máis que loitas pola competencia ha de predominar-la colaboración entre as diferentes administracións públicas, nunha mostra fecunda de lealdade, superadora de positivismos.

Xogando inevitablemente coas palabras queda moito camiño por andar no “Camiño de Santiago”. Pero é bo ter comezado. É a aposta pola forza creadora do espírito –cargada de certa utopía– desde o permanente Fisterra no que se atopa o destino da “Ruta Xacobeá”. 

<sup>28</sup> A pluralidade de itinerarios existentes, en ocasións pode reforza-lo que se di no texto.



Francisco José  
Serna  
Gómez

## Os ordenamentos xurídicos autonómicos: Problemática da súa configuración e integración

Director xeral da Asesoría  
Xurídica da Xunta de Galicia

Constitúe o obxecto da xornada de estudo que hoxe desenvolvemos dar a coñece-lo **Proxecto de refundición normativa** que a Administración da Xunta de Galicia comezou hai agora catro anos, e a culminación da mesma empeza a albiscarse. Non se trata dun proxecto illado, con independencia de que a importancia da súa necesidade o xustifícase en todo caso, senón que se enmarca dentro doutro proxecto máis global que vimos desenvolvendo, de racionalización administrativa.

Non é tampouco caprichoso, senón que así mesmo responde a unha necesidade sentida. Díxose, e é certo, que a Administración é unha criatura delicada que hai que tratar con tento e que, polo tanto, calquera reforma que no

seo da mesma se acometa, ha de contar necesariamente coas inercias inherentes a toda organización administrativa, que en definitiva non supón senón o recoñecemento dunha propia e independente –respecto do resto dos poderes do Estado– do aparato administrativo que debe ser constantemente corrixida, ou se se prefire, orientada, na busca do mellor modelo de Administración que en cada momento demande o correcto funcionamento do propio Estado.

Por outro lado, esta necesidade é, se cabe, moito máis patente se descendemos ó nivel das administracións autonómicas desde o momento en que estas se viron obrigadas a xurdir, nun acto de pura improvisación, tomando como única referencia a Administración do Estado, a única daquela coñecida. Sen embargo, e así se veu impondo reiteradamente de manifesto, é indubidable que un modelo de Administración que lles viña servindo ós intereses dun Estado unitario centralizado, dificilmente resulta se-lo máis aconsellable para o definitivo asentamento do novo Estado de autonomías. Por iso, calquera esforzo que tenda a poñer ó día as nosas administracións, ha de ser sempre ben recibido, se camiña pola senda axeitada, porque non esquezamos que é a Administración a parte do conxunto da organización pública que coñecen e perciben os cidadáns. É da Administración da que os cidadáns reclaman a cobertura das súas necesidades públicas, vai se-la Administración da que os cidadáns reclamen a cobertura das súas necesidades públicas, e vai se-la Administración, como non o vai ser ningún dos outros poderes constitucionais, a que cada día vai ser xulgada na súa eficacia. Por iso, non xogamos moito no esforzo de defini-la Administración que queremos e que necesitamos. En definitiva, como xa se dixo con máis autoridade cá miña, na correcta articulación do verdadeiro modelo de Administración que esixe o funcionamento do Estado xógase o seu prestixio o propio Estado das Autonomías.

Imos falar, polo tanto, de refundición normativa. No proxecto de refundición normativa que se está desenvolvendo a Administración pública galega, o seu obxectivo principal non é outro, como ben expoñía o director da EGAP na carta-invitación para asistir a esta xornada, que a simplificación e a nova articulación da normativa coa

que o operador autonómico se debe enfrentar na súa cotiá tarefa de “administración”, na súa misión de facer executivas as competencias que lle corresponden a esta comunidade. Para iso utilizáronse técnicas de racionalización, sistematización e, no seu caso, refundición co fin de conseguir unha mellor localización e un máis seguro coñecemento e manexo da normativa existente e en vigor en cada un dos sectores ou ramos da Administración.

Á exposición concreta da metodoloxía e resultado do traballo realizado referíase de seguido o que foi o verdadeiro protagonista e responsable do traballo, don Constantino Alvarellos Galve, letrado da Xunta de Galicia e responsable do Gabinete de Asesoramento Xurídico e Apoio á Actualización Normativa, ó que aquí e agora felicito cun acto expreso de, felicitación e recoñecemento ó labor realizado, felicitación e recoñecemento que debe alcanzar, e é de xustiza, ó equipo que con el veu traballando. A miña misión, neste primeiro relatorio, e coa única intención de lle servir de referencia ó que el despois nos expoñerá, é intentar facer unha exposición breve sobre os problemas que lle afectan, en xeral, ó ordenamento xurídico administrativo, derivados das peculiaridades que conforman a súa singular natureza xurídica. En todo iso, á luz da integración dos ordenamentos autonómicos co propio ordenamento do Estado, a súa relación queda definida, como logo veremos, en base fundamentalmente ó principio de competencia, como principio rector desta relación confluyente, dalgún modo subordinada.

### *O ordenamento xurídico-administrativo*

Certo é que o ordenamento xurídico administrativo non é senón aquela parte específica do ordenamento xurídico propia da Administración pública. Administración pública e ordenamento administrativo aparecen así como conceptos indisolubles en tanto que este non é senón a consecuencia necesaria da organización que supón a existencia daquela. Esta é a verdadeira razón de ser do ordenamento xurídico administrativo que aparece, polo tanto, xustificado pola propia organización á que serve e non pola simple existencia dun conxunto de normas de carácter administrativo que sexa necesario “ordenar”. Que-

ro dicir, polo tanto, que o ordenamento xurídico administrativo non é unha simple suma de normas, senón que aparece, no seu concepto, perfectamente diferenciado destas. Por dicilo doutro modo, a norma ou o conxunto de normas non crean o ordenamento, senón que se incorporan a un ordenamento preexistente, como consecuencia do mesmo. Aínda que as normas cambien, o ordenamento persiste, e por iso, o intento de realizar unha “foto fixa” do mesmo, configurándoo exclusivamente como un simple conxunto de normas escritas, non ha de servir á correcta definición da súa verdadeira natureza, onde aparece como nota verdadeiramente esencial, o seu grande dinamismo, como consecuencia precisamente da variabilidade ou mutabilidade das normas administrativas.

Pero deixemos para un momento posterior, a referencia ó dinamismo do ordenamento xurídico administrativo, e comecemos cunha primeira nota definitoria do mesmo: a súa preponderancia no conxunto dos distintos ordenamentos xurídicos. Desde a aparición do denominado Estado moderno ata a consolidación do mesmo a través da forma liberal de España que arrinca da primeira metade do século XIX, asistimos a unha lenta pero constante publicación das relacións xurídicas entre particulares que alcanzou un grao tal, que ben pode definirse como de verdadeira burocratización da vida social.

Non se trata só de que a Administración pública fíxese seus, como garante do interese xeral, cada vez máis sectores da vida social, senón de que ademais, a presenza do brazo administrativo do Estado se incrementou tamén en sectores tradicionalmente reservados ó ámbito estricto do privado, ata converte-la súa presenza en habitual, e mesmo en insubstituíble. E sen esquece-los supostos de verdadeira intervención ou entrada directa da Administración na esfera dos dereitos, mesmo fundamentais, dos particulares, intervención que aparece amparada na preponderancia final do interese xeral sobre o particular. De tal xeito é así que hoxe en día é difícil imaxinar unha relación xurídica completamente á marxe da presenza administrativa: ó final sempre haberá polo menos un aspecto ou unha fase desa relación en que a Administración apareza senón é a través dunha actuación de autorización ou simplemente de control, si polo menos amparándoa ou fomentándoa. En definitiva, a Adminis-

tración converteuse no auténtico motor da vida social. Compártase ou non esta realidade (cómpre sinalar, que sen entrarmos a xulgalá, é certo que este fenómeno sufriu a súa confirmación definitiva no propio modelo de Estado liberal e iso a pesar de contradicir abertamente a orixe do mesmo, que non é outra que a redución da presenza pública na vida social), o certo é que a Administración pública, e por extensiva, o ordenamento xurídico administrativo, asumiron un papel **protagonista**, relegando outras ramas do ordenamento xurídico a unha posición menos principal.

Pero a pesar de ser un ordenamento xurídico protagonista, ben pode, non obstante, afirmarse que se atopa nunha **permanente crise**. Se a norma é o fiel reflexo da realidade social, e, polo tanto, a súa bondade ou virtude ha de atoparse en como lle dea axeitada e rápida resposta ó que demanda esa realidade, o certo é que o dereito administrativo aparécesenos constantemente axuízado e ó final condenado, por causa deste atraso.

Hai unha causa, non obstante, que explica esta situación, e que se atopa noutra das notas esenciais da singular natureza deste ordenamento. González Navarro refírese moi precisamente a este fenómeno cando afirma que o dereito administrativo se nos amosa como un dereito **especialmente sensible** ós fenómenos da vida real. Pero ademais, o mesmo carácter fugaz ou episódico que teñen os problemas de cada día, fai que moitas veces ofrezca o dereito administrativo un carácter **caduco ou transitorio**, o que obriga a atender esas necesidades mudables e ás veces irrepitibles. O dereito administrativo vén así sufrir de forma constante unha especie de servidume respecto da oportunidade, e é precisamente nesa sensibilidade onde “ha de radica-la superioridade do dereito administrativo fronte á ciclópea seguridade do dereito civil” (J. L. Meilán).

Pode ser que esta especial sensibilidade sexa unha das causas da crise permanente na que parece vivi-lo ordenamento xurídico administrativo, pero non é a única. Hai outra realidade, sinalada, entre outros, por Santamaría Pastor, que axuda á súa perfecta comprensión: o directo vínculo existente entre a ideoloxía política dominante en cada momento concreto e a norma administrativa, e a existencia permanente dun desfase temporal na conver-



sión dos principios políticos en técnicas administrativas singulares. A causa deste desfase é ben simple, e non é outra que a de que a Administración posúe un ritmo vital moito máis lento que a política, de maneira que cando aquela rematou de axustarse ós principios que demanda un determinado modelo de Estado, este cambiou xa.

A este fenómeno estamos asistindo hoxe en día: cando a Administración rematou de asumir os parámetros dun Estado liberal, este deu un paso máis, aparecendo o Estado social e democrático de dereito, que, como perfección daquel, esixe, cando menos, novas e orixinais técnicas administrativas. Como sinala González Navarro recollendo citas de Villar Palasi e J. L. Meilán, o dereito administrativo non foi outra cousa senón unha inxestión de ideas políticas e un progresivo desenvolvemento técnico xurídico. Deste apego á política deriva, polo pronto, a imposibilidade de entende-lo dereito administrativo partindo só dos textos legais prescindindo da ideoloxía política dos partidos dominantes no momento no que foron promulgadas, e pon de manifesto o arriscado que resulta utilizar solucións xurídicas nadas en sistemas diferentes, xa que o dereito administrativo de cada país, vén se-la tradución xurídica da súa historia política, polo que as categorías formais quedan baleiras de significado cando se sacan do sistema que as viu nacer.

Esta realidade engancha directamente con outra que vén constituír outro dos sinais de identidade propios do ordenamento xurídico administrativo: o seu evidente **carácter conxuntural**. Efectivamente, o constante desfase entre a realidade social e a norma que debe atender esa realidade social trae como consecuencia que no maior número dos casos, a norma pretende solucionar ou darlle resposta a un problema concreto e non definir unha orde xurídica estable con decidida vocación de permanencia. Non intenta, polo tanto, a norma administrativa, definir unha orde abstracta de xustiza, senón afrontar, caso a caso, un problema singular. Aparecesenos así a norma administrativa como eminentemente **ocasional e circunstancial**, características estas que son especialmente predicables da norma administrativa por excelencia, o **Regulamento**, atribuíndolle, a expresión de García de Enterría, un efecto **dexenerativo**, sendo así que rexeita calquera vinculación coa idea da xustiza, optou por unha

moi estreita cunhas circunstancias concretas de seu cambiantes. O efecto dexenerativo é ben apreciable se atendemos á consecuencia desta vinculación coa situación concreta que produce a norma: a desaparición da súa xustificación, e por extensión, da súa vixencia, cando a situación cambie. Sen embargo, este efecto non se produce na realidade, xerando unha evidente situación de distorsión, pois, non obstante esta perda de vixencia, a norma permanece viva no ordenamento, e polo tanto esixe ser sucesivamente aplicada nos supostos para os que foi prevista a súa promulgación.

A partir destas reflexións podemos comezar a comprender os problemas, distorsións e insatisfaccións que ofrece o ordenamento xurídico administrativo, tanto para o operador xurídico responsable da súa produción e aplicación como, sobre todo, para o cidadán destinatario das súas normas. Pero aínda queda por destacar unha última característica que xa apuntei inicialmente: a súa constante **variabilidade** e **mutabilidade**. Se é un ordenamento principal e protagonista en calquera ámbito das relacións xurídicas, que, non obstante, se atopa en permanente crise por causa de ser especialmente sensible ós fenómenos da vida real; se se trata dun ordenamento xurídico directamente vinculado á ideoloxía política dominante; se nel predomina o seu carácter circunstancial ou conxuntural por causa da súa "puntualidade" na solución do caso concreto, é obvio, e así debemos concluír, que ha de ser un ordenamento xurídico en constante produción, dotado, polo tanto, dun grande dinamismo por causa da súa necesaria variabilidade.

Enténdase que esta característica non é senón a consecuencia de todas aquelas ás que me vin referindo. Só así se pode entender debidamente a extraordinaria fertilidade productiva do dereito administrativo, da que dá boa conta o feito de que practicamente a totalidade do contido dos diarios oficiais estea copado por normas deste carácter. Como acertadamente sinala García de Enterría, o panorama é absolutamente contrario ó que ocorre noutros sectores do ordenamento (civil, mercantil...) que viven sobre unha norma básica que moi de tarde en tarde é obxecto de modificación e as virtualidades, doutrina e xurisprudencia das cales van morosamente descubriendo e desenvolvendo. Fronte a esta situación, o ordena-

mento administrativo parécenos como incesantemente variable e inesgotable na súa capacidade de produción normativa, ofrecendo unha realidade de constante cambio a un ritmo, por demais, que ben podería ser cualificado como frenético.

E esta é a realidade á que se enfrenta o operador xurídico responsable da correcta e debida elaboración e aplicación do ordenamento xurídico administrativo. Unha realidade da que se derivan non poucos problemas. Unha realidade inestable na que non existe “ningunha posibilidade de confiar nunha conclusión ou retoque último, polo menos provisional, que permita suspender por un tempo a promulgación de novas normas, **ningunha esperanza dunha codificación** que consagre un corpo normativo completo e pechado que elimine as iniciativas casuísticas e indefinidas” (García de Enterría). Calquera proxecto de racionalización que se inicie debe contar con esta realidade incuestionable. De aí a importancia do que hoxe expoñemos.

### *Os ordenamentos autonómicos*

E neste panorama, xa de por si pouco satisfactorio, irrompen os ordenamentos administrativos autonómicos. A desaparición dun modelo de Estado centralista e unitario, e a súa substitución por un novo Estado descentralizado, supuxo a aparición de novos centros de poder e decisión política: as comunidades autónomas. E a esta descentralización administrativa, como consecuencia do nacemento de novas administracións públicas, brazo executivo destes novos poderes rexionais.

Xorden, polo tanto, novos ordenamentos administrativos, que exercitando a súa eficacia nos correspondentes territorios autonómicos, coexisten, e non precisamente de forma pacífica, co ordenamento administrativo ata o momento coñecido: o da Administración do Estado. Ben parece que esta coexistencia se traduce nunha pugna diaria por facerse un sitio nun ordenamento xeral ó que están chamados a integrarse. Non se trata dunha coexistencia xerárquica ou de submisión, senón dunha coexistencia en pé de igualdade, explicada polo xogo dos principios ós que logo me referín, pero entre os que ocupa un

papel protagonista o da competencia, que obriga a unha perfecta delimitación do campo de actuación duns e do outro.

Podería aproveitarse a oportunidade para intentar depurarlos vicios coñecidos, e xa apuntados, do ordenamento administrativo, pero non foi así. Ben é certo que seguramente non puido ser doutra maneira, pois é sabido que as novas administracións autonómicas xurdiron, da nada, nun puro acto de improvisación, utilizando como espello o único posible: a Administración do Estado. Por iso, non só se herdaron os vicios, senón que se incrementaron, aínda que só sexa como consecuencia dun simple efecto multiplicador: pasamos dunha Administración e dun ordenamento administrativo, a dezoito administracións cos seus correspondentes ordenamentos. Os efectos son ben patentes:

■ Reforzouse definitivamente o papel **protagonista e principal** da norma administrativa e non só por haber agora dezoito diarios oficiais que alimentar. Ó meu modo de ver, hai dúas circunstancias que xustifican esta realidade. Por un lado, xa que outros sectores do ordenamento xurídico (civil, mercantil, procesal, penal...) seguen estando en mans do Estado, a maior parte das competencias das comunidades autónomas teñen un claro carácter estritamente administrativo, o que ocasiona que, no desenvolvemento e execución das mesmas sexa necesario, sobre todo, producir normas administrativas. Por outro lado, se ben é certo que a proximidade cos cidadáns das administracións autonómicas é maior, o que, nun principio, ha de redundar en vantaxes evidentes para os mesmos, tamén o é que os cidadáns aprecian con maior intensidade a presión que supón a existencia dun novo poder rexional ávido de producir normas que xustifiquen o seu propio ámbito de competencias.

■ Os ordenamentos autonómicos acentuaron a súa vocación de permanente crise e as súas normas aparecen como definitivamente conxunturais, preocupadas exclusivamente de dar repostas puntuais e non de establecer unha nova orde xeral. A razón antóllaseme de fácil comprensión e ten a súa consecuencia no fenómeno da proximidade da Administración ós cidadáns ó que acabo de referirme. Efectivamente, os cidadáns senten a Administración autonómica como “máis súa”, e polo tanto, re-

claman da mesma a solución daqueles problemas tantas veces aprazados e demorados noutras instancias. O grao de esixencia é, polo tanto, maior, o que coloca as administracións rexionais na situación de lles dar inmediata e rápida resposta ás demandas sociais, a súa atención antes correspondíalles a outros, nun intento, segundo o meu criterio, pouco valorado, de ofrecer unha especie de “rendemento de maior efectividade” a curto prazo. O que ocorreu, en realidade, en que este aparente maior grao de efectividade, ó final, queda diluído polo efecto dexenerativo que supón a busca puntual e improvisada de solucións a situacións concretas, tal e como quedou exposto anteriormente. Estou convencido, que máis útil que buscar unha solución inmediata dos problemas, é establecer un marco xeral e estable, que os cidadáns perciban como máis seguro, e tamén como máis eficaz, apto para dar cabida a tódalas situacións que sucesivamente poidan formularse, evitando a improvisación que, en definitiva supón, a resposta concreta a cada caso concreto.

■ Produciuse unha definitiva vinculación da Administración rexional ó poder político. Non esquezamos que as administracións autonómicas tiveron que ser creadas da nada, xurdindo sen unha historia ou cultura administrativa propia, o que determina unha maior dependencia do aparato político que as crea, dependencia que se reforza pola maior proximidade física do órgano político de decisión ó órgano administrativo de execución, que ás veces mesmo se confunden. Por outro lado, é claramente apreciable o fenómeno da excesiva instrumentación política das administracións rexionais, por seren estas o único campo de actuación visible dunhas estruturas de poder rexional aínda non debidamente desenvolvidas e asentadas, coa consecuencia, xa sinalada anteriormente, de ser constantemente utilizadas como a xustificación mesma do novo modelo de Estado descentralizado.

■ Neste panorama, o ritmo de produción normativa nos ordenamentos administrativos supera o frenetismo xa inherente, como vimos, a este sector do ordenamento xurídico. Sen embargo, os efectos non desexables deste vitalismo normativo, agrávanse en materia autonómica. Non existe unha técnica normativa uniforme, nin sequera aparentemente, que permita adentrarnos no ordenamento con certa seguridade; apréciase unha evidente tendencia

a xustificar competencias propias –sobre todo cando se trata de competencias limitadas–, regulando sectores ou ámbitos propios da independencia ou da liberdade dos cidadáns; e constátase un maior descoñecemento da complexidade do mundo social ou económico sobre os que han de opera-las normas, que se suceden dictando as que substitúen outras anteriores que nin sequera chegaron a ser aplicadas.

Pero en definitiva, con ser grave o efecto multiplicador dos defectos deste sector do ordenamento xurídico, o verdadeiramente importante, polo que ós ordenamentos autonómicos se refire, é defini-los principios que han de rexe-la súa integración no ordenamento estatal. É absolutamente imprescindible fixar, coa maior precisión posible, as regras de xogo suficientes para que os distintos operadores xurídicos poidan afrontar co suficiente grao de seguridade xurídica o complexo panorama que se lles ofrece. Estámonos a referir, pura e simplemente, á busca dos criterios precisos para decidir cal ha de ser, en cada caso, o ordenamento xurídico de preferente aplicación; por que vai ser este o ordenamento xurídico, estatal ou autonómico, e non o outro, ou viceversa; e cal é a posición que cada un deles ocupa respecto do outro.

1. Como xa sinaléi anteriormente, os ordenamentos autonómicos non son ordenamentos subordinados. A súa posición non pode explicarse con base no principio de xerarquía, e polo tanto, as normas que nos mesmos se integran non son, en ningún caso, de rango inferior ás disposicións estatais. A regra principal de relación é a derivada do principio de **competencia**, que asegura un ámbito concreto de poder e un campo propio de actuación tanto para Estado como para as comunidades autónomas, de tal modo que, ante unha controversia concreta sobre a norma aplicable, bastaría con decidir cal delas provén da instancia administrativa competente en tal materia.

Polo tanto, e como sinala Muñoz Machado, o principio de competencia pasou a se-la regra dominante no campo das relacións entre normas estatais e autonómicas, coa consecuencia de que resultará tanto máis útil e definitivo para resolve-las posibles colisións entre normas na medida en que sexan máis perfectas as regras da distribución de competencias. Se as competencias que lle pertencen ó Estado e ás comunidades autónomas están perfectamente

delimitadas, de maneira que o que poida facer un non o fagan as outras, e viceversa, pode determinarse que de se producir unha colisión entre normas é porque algún dos dous lexisladores actuou con incompetencia, e nesta medida, a norma correspondente é inválida.

Para a exacta aplicación desta regra, sería imprescindible unha perfecta delimitación de ámbitos de competencias con base en criterios xerais de atribución de competencias exclusivas. O que ocorre é que isto non é así, e nin sequera resulta se-la regra xeral.

A Constitución española non realiza unha repartición de competencias que poderíamos denominar funcional, encomendándolle a unha instancia a función normativa, e á outra a función executiva. Tampouco se realiza un repartimento de funcións utilizando categorías xerais, senón que simplemente efectúa un repartimento analítico por materias utilizando para iso a técnica do “listado”. Técnica, polo demais, imperfecta, pois a Constitución límitase a recoller no art. 149.1. as que denomina competencias exclusivas estatais, correspondéndolles ós estatutos de autonomía a definición das competencias autonómicas, dándose o paradoxo de que nestes abonda, sobre todo, a definición de competencias así mesmo exclusivas das CCAA sobre materias e funcións coincidentes total ou parcialmente coas que a CE lle reservou á exclusividade estatal. A conclusión é ben evidente: nin son exclusivas as competencias do Estado recollidas no art. 149.1 (algún dos seus apartados recoñece xa expresamente unha participación autonómica na competencia, a pesar da súa previa cualificación de “exclusiva”, nin o son as que así aparecen recollidas nos distintos estatutos de autonomía, en tanto que tal exclusividade o é “sen prexuízo da lexislación básica do Estado”, de acordo coas bases da ordenación económica xeral, ou outras fórmulas de semellante estilo. É dicir, este “exceso semántico”, como foi cualificado pola doutrina e o propio TC, da atribución de competencias en réxime de exclusividade, en realidade está enmascarando unha xeneralizada situación de “concorrenza” de competencias.

Afondar no estudio dos diferentes conceptos de atribución de competencias, e como están sendo depurados polo TC desviaría definitivamente o obxecto deste relatório. Ben é certo que esta aparente confusión por causa

do exceso semántico en que incorren tanto a CE como os estatutos quedou, a estas alturas de andadura constitucional, bastante depurada por obra e gracia, precisamente do propio TC Non obstante, o certo é que o principio de competencia resulta ser insuficiente para resolver todos aqueles supostos de controversia que poidan formularse entre normas estatais e autonómicas, e que resulta necesario, por tanto, un novo principio que sirva para decidir, precisamente, nos supostos de concorrencia no exercicio de competencias.

2. Debemos precisar de que estamos falando ó referirnos á concorrencia de competencias: referímonos a aqueles supostos nos que conflúen normas contradictorias dictadas por instancias administrativas distintas, resultando seren competentes as dúas, xa que, de non selo ningunha delas, o conflito quedaría resolto polo simple xogo do principio de competencia. Para estas situacións, serve o **principio de prevalencia**, que non queire dicir senón que un dos dous ordenamentos en conflito se impón sobre o outro de maneira que aquel resulta de aplicación, e este non.

Escribiuse moito sobre o principio de predominancia, e non é este o momento de estenderse sobre o mesmo. Baste sinalar que a existencia dunha regra segundo a cal os contidos das normas dun ordenamento se imponen sobre os do outro, se dan, obviamente, sempre que dous ordenamentos de orixe diferente deben de convivir nun mesmo espacio (Muñoz Machado). Fiel a esta tradición, a nosa Constitución sinal no art. 149.3 que “as competencias sobre as materias que non se asumisen polos estatutos de autonomía corresponderanlle ó Estado, as súas normas prevalecerán, en caso de conflito, sobre as das comunidades autónomas, en todo o que non estea atribuído á exclusiva competencia destas”.

Unha vez enunciado o principio, creo que basta entender debidamente, para a súa perfecta comprensión, a súa definitiva vinculación co principio de competencia, do que non é máis que consecuencia e complemento. Non existe, por tanto, un principio de predominancia que teña un xogo que poida aceptarse á marxe do de competencia, xa que en todo caso, é imprescindible a existencia dunha concorrencia real de normas válidas, de normas dictadas por lexisladores que resulten ser concorrentes



competentes para pronunciarse ó tempo e validamente sobre a mesma cuestión. Por iso, a correcta aplicación do principio de dominancia, esixe un previo conflito de competencias, pero non un simple conflito de se unha instancia administrativa é competente, e a outra non, senón un conflito de competencias bilateralmente perfecto no que o que se discuta é cal das dous instancias administrativas competentes, debe dominar na regulación. Como acertadamente sinala Muñoz Machado, non é un principio que poida amparar excesos de competencias por parte do Estado, nin por parte das CCAA, xa que en todo caso esixe a previa existencia dunha competencia mutua e concorrente. É pura e simplemente un principio de relación entre normas distintas, que permite xerar-quiza-los contidos de dúas disposicións **válidas**, permitindo a aplicación dunha en prexuízo da outra.

3. E con isto chegamos ó terceiro e último dos principios básicos de integración dos ordenamentos xurídicos autonómicos e estatal, o **principio de supletoriedade**, último elo do sistema normativo xeral, expresamente previsto, como acabamos de ver no art. 149.3 C.E., onde o dereito estatal se recoñece, en todo caso, como supletorio do das CCAA.

O principio de supletoriedade vén así cumprir unha misión típica de “peche” do ordenamento, impedindo os baleiros no mesmo, suplindo as posibles insuficiencias e lagoas.

A lóxica do principio é clara e “explícase pola existencia de dereito estatal previo á aprobación dos estatutos, válido e que só paulatinamente será desprazado e, por outra parte, pola heteroxeneidade das competencias das CCAA, que lle permite ó Estado esgrimir para partes do territorio títulos de competencias que perderon en relación con outros territorios autónomos, pero que lles permiten producir normas que son directamente aplicables naquelas, e supletoriamente nestes” (Muñoz Machado). É obvio que o propio desenvolvemento dos ordenamentos autonómicos irá relegando progresivamente a supletoriedade do dereito estatal, sobre todo na medida en que o propio Estado de autonomías tenda a unha maior homoxeneidade.

En calquera caso, considero interesante facer dúas pre-

cisións fundamentais ó respecto da súa aplicación. Por un lado, que o carácter supletorio do dereito estatal non pode utilizarse como escusa para entender que as competencias do Estado son universais, xa que en todo caso, a norma estatal aplicable supletoriamente debe ter un concreto soporte de competencias. E por outro lado, que a debida salvagarda dos ordenamentos autonómicos non se consegue unicamente coa aplicación supletoria da norma estatal, senón que é preciso, previamente, un esforzo de integración da posible lagoa acudindo ás propias regras do dereito autonómico, esforzo que frecuentemente non se realiza, coa conclusión de que o dereito do Estado é aplicado, non supletoriamente, senón directamente.


E estes son os principios básicos de relación entre o ordenamento estatal e os correspondentes ordenamentos autonómicos. Deles dedúcense unhas regras de xogo que inicialmente se nos aparecen o suficientemente claras e precisas como para ordenar unha coexistencia pacífica entre elas. Sen embargo, como xa dixen con anterioridade, o panorama que se deriva da propia realidade, pouco ten que ver co dito. É xusto recoñecer que o sistema vai progresivamente evolucionando na busca de solucións máis satisfactorias, e que as disfuncións que hoxe subsisten son claramente menores que as que puideron apreciarse no momento de posta en marcha do novo modelo de Estado. Pero aínda hoxe podemos falar de graves dificultades na aplicación práctica do principio de competencia (quizais derivadas da pouco afortunada técnica de distribución de competencias utilizada pola propia C.E.), que multiplicaron os supostos de “concorrenza de competencias”, non sempre coa debida xustificación. Apréciase unha especie de “receo” entre ordenamentos (máis apreciable no estatal respecto dos autonómicos), que se vén traducindo en:

- Interpretacións extensivas de competencias propias a custa das alleas. Este fenómeno é especialmente apreciable nos casos de competencia estatal en lexislación básica, que frecuentemente desvirtúan totalmente a competencia autonómica de desenvolvemento.
- Producción de normas estatais nas que non se distinguen os seus preceptos básicos dos que non o son, xerando un **dereito supletorio** que ó final resulta ser de directa aplicación.

■ Utilización, por parte do Estado, de títulos de competencias xerais en prexuízo de competencias exclusivas das CCAA, suposto facilmente apreciable no suposto de “ordenación xeral da economía”.

■ Constante produción de normas nas que non consta o título de competencias no que se amparan, dificultando enormemente a tarefa do operador xurídico encargado da súa correcta aplicación.

■ Normas, tanto estatais como autonómicas, que se dictan “sen prexuízo da” competencia do outro, advertindo así que non se pretende usurpar-la competencia de ninguén. A consecuencia é que é perfectamente posible que unha norma autonómica e outra estatal regulen unha mesma materia, coa pretensión de se-las dúas válidas e aplicables, polo que será o destinatario das mesmas o encargado de facer unha interpretación que lles debería vir dada.

Esta realidade, pode que máis evidente desde a óptica autonómica que da estatal, pero certa, en todo caso, estanos a levar á construción de ordenamentos xurídicos sumamente complexos, dificilmente manexables e aplicables e de imposible coñecemento por parte dos cidadáns. A seguridade xurídica que os poderes públicos están obrigados a preservar, queda diluída nun marasmo de normas do que se derivan moitos máis inconvenientes que vantaxes. Dificilmente se serven así os principios de actuación administrativa que aparecen consagrados no art. 103.1 da Constitución. De seguir por este camiño, en nada estamos contribuíndo á xeración da Administración do século XXI, que nos espera á volta da esquina. Chegou o momento de reflexionar buscando camiños de maior racionalidade. 

José  
Gabaldón  
López

## Sobre el silencio administrativo

Magistrado del Tribunal  
Constitucional

### **1. Mención sucinta de la situación anterior a la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común**

#### *Origen y finalidad de las normas sobre el silencio administrativo*

El silencio administrativo no es una institución, sino un principio de garantía para el administrado, que le permite el acceso a los Tribunales. El llamado silencio positivo difiere sin embargo de ese régimen.

La denominada doctrina del silencio administrativo no se articula sobre cualquier silencio de la Administración, sino respecto de la falta de respuesta a las peticiones de los particulares, incumpliendo el deber de la Administración de dictar una resolución expresa.

Por esto, cualquier aproximación al estudio del llamado silencio administrativo exige (al menos, exigía antes de la Ley 30/1992) distinguir radicalmente las dos modalidades cuya naturaleza, efectos y régimen jurídico difieren sustancialmente aunque se hayan amparado bajo la misma denominación<sup>1</sup>.

En general, sí puede decirse de ambas modalidades que son ficciones de Ley establecidas en favor del particular.

La atribución de un valor negativo o desestimatorio al silencio o inactividad formal de la Administración tiene, como se señala en la obra citada (en la nota anterior) de García de Enterría, un origen y una finalidad muy concretos, estrechamente ligados a la configuración del recurso contencioso-administrativo como un proceso impugnatorio de actos administrativos previos que se revisan jurisdiccionalmente *a posteriori*. En ese sistema, si la Administración no resuelve, el particular queda inerme, porque falta el acto que pueda constituir objeto de una impugnación jurisdiccional.

La técnica del silencio, según dicho autor, se instaura en Francia por vez primera por una Ley de 17 de julio de 1900. Entre nosotros, fue regulado por la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo de 19 de octubre de 1889, apareciendo posteriormente en varios de los Reglamentos que la desarrollaron, por cierto en alguno, como el del Ministerio de Trabajo, con efecto positivo. La consagraron los Estatutos Locales de Calvo Sotelo de 1924 y 1925, la Ley Municipal republicana de 1935 y luego la Ley de 18 de noviembre de 1944 en el recurso de agravios en materia de personal. Finalmente, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, art. 38, estableció un régimen general de silencio negativo (por cierto, acompañado por la fundamental prescripción de la obligación administrativa de resolver en todo caso (art. 38.2). y la Ley de Procedimiento Administrativo, (arts. 94 y 95) estableció la normativa general, tanto del silencio administrativo negativo como del positivo.

### *El silencio negativo*

El primero, tal como resulta de esa regulación, aplicada hasta ahora, no es un acto de la Administración sino precisamente la ausencia de todo acto, de toda actividad, y tiene efectos sólo en la apertura de la vía de recurso. Sus-

Además de los tratados generales, en la materia relativa al silencio administrativo puede consultarse:

<sup>1</sup> Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA Y T. RAMON FERNANDEZ RODRIGUEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. T.I. pág. 550 (Civitas)

— FERNANDO GARRIDO FALLA. "La llamada doctrina del silencio administrativo". *RAP*. nº 16 de Abril 1955, pág. 85 ss.

— El mismo autor. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I. p. 10ª edición, pág. 447 ss.

— GONZÁLEZ NAVARRO. *Derecho Administrativo español* (EUNSA) TI II 1988, pág. 491 ss. Así como los autores que en esas obras se citan.

tituye al acto expreso, pero en beneficio del particular, no de la Administración; no integra un sistema que permita eludir el pronunciamiento expreso resolutorio de una petición. Como ha señalado la jurisprudencia contencioso-administrativa con reiteración y últimamente el Tribunal Constitucional, el silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal cuyo fin es el de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de la inactividad de la Administración (SSTC 8/1986, FJ. 3 y 204/1987, FJ. 4 y 5).

Que no es un acto resulta del art. 92 C.P.A. el cual no lo incluye entre los modos de terminación del procedimiento. Como la Administración tiene en todo caso la obligación de resolver expresamente, al particular le cabe la posibilidad de esperar una resolución expresa para impugnarla. Pero también, transcurridos unos plazos, la de entender desestimada su petición e interponer el recurso administrativo o jurisdiccional frente a esa desestimación presunta. Esos plazos eran, en vía de petición, tres meses y, transcurridos sin respuesta, podía denunciarse la mora y transcurridos otros tres meses sin resolver, quedaba expedito el recurso procedente. En vía de recurso no se requería denuncia de mora; bastaba con el transcurso de tres meses a partir de la interposición de la alzada o un mes en el de reposición.

En el caso de esperar la resolución expresa, el art. 38 L.J. limitaba expresamente el plazo de interposición del recurso contencioso a un año desde el silencio o desde la interposición de la reposición. Las sentencias antes citadas del Tribunal Constitucional corrigieron esa limitación, al considerar que no puede la Administración disfrutar de un trato más favorable cuando incumple el deber de resolver que cuando resuelve expresamente, y por ello estimaron aplicable el art. 79.3 de la L.P.A. en los casos de silencio, puesto que en ellos evidentemente falta, como en los allí regulados, la indicación de recursos y también el acto mismo.

### *El silencio positivo*

De naturaleza, función y régimen jurídico distintos, nada tiene que ver con la garantía que significa para el

particular el acceso a los recursos. Se le concibe como una técnica material de intervención o de tutela administrativa que suaviza la exigencia de autorización o aprobación para una actividad. Siendo también una ficción legal, apunta a la solución de un problema distinto (remover el obstáculo que impide el ejercicio de un derecho). El silencio sustituye la técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de mantenerse durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el administrado se entiende otorgado. Puede así decirse que es un verdadero acto administrativo con el contenido mismo de la autorización o aprobación solicitadas. De ahí que si la Administración, transcurrido el plazo legal, dicta un acto expreso desestimatorio, se llegó a considerar el mismo por una jurisprudencia reiterada como revocación de oficio de un acto declarativo de derechos, dictado al margen del procedimiento legalmente previsto y en consecuencia radicalmente nulo.

La previsión general del art. 95 L.P.A., a la que pudo atribuirse el propósito de extender esta técnica, no llegó a materializarse hasta la Ley 30/1992, con todas las vacilaciones y oscuridades que luego veremos. Hasta ahora, sólo se admitía el silencio positivo si venía establecido por normas específicas (Licencias municipales, art. 9 R.S.C.C.; aprobaciones, como en el propio art. 95 LPA, el 41.2 L. Suelo, etc.). El problema fundamental con el que se ha venido tropezando en la práctica es el de los defectos en la petición o en el trámite y en relación con los supuestos en que la solicitud del particular podía considerarse contraria a Derecho.

Según García de Enterría, eran posibles al efecto tres soluciones. Una, la de la lógica de la institución: si el silencio sustituye al acto expreso y es por tanto un acto de aprobación o autorización plenos, opera con independencia de la viabilidad de lo pedido. La Administración no puede dictar otro acto revocatorio. Esta solución se reiteró en una corriente jurisprudencial.

Segunda solución: siendo el silencio una creación legal, la Ley no puede permitir, en un mecanismo de garantía, que se obtengan por los particulares más beneficios de los que la propia Ley les otorga. El silencio suple el acto expreso sólo dentro de los límites autorizados por la Ley. Otra corriente jurisprudencial ha seguido a su vez

este criterio, señalando que el silencio “no es esponja que lave los vicios” contenidos en la misma esencia del acto. Se atribuye a esta solución el inconveniente de su inseguridad porque, en todo caso, supone el examen de la legalidad de fondo de la actuación omitida.

Tercera solución: Irrevocabilidad del acto ganado por silencio, pero con la salvedad de que ésta no cubre los supuestos de nulidad de pleno derecho. Esta solución parecía ser la definitivamente consagrada por la jurisprudencia. Sin embargo, se apunta también, la reforma de la Ley del Suelo optó por la segunda de aquellas soluciones (“en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de esta Ley, de los planes, proyectos, programas y, en su caso, de las normas complementarias y subsidiarias del planeamiento”, art. 78.3).

## 2. Crítica del sistema anterior y propósito de la reforma

*Sobre los resultados del sistema anterior se formularon críticas de indudable fundamento. Garrido Falla las resume así<sup>2</sup>. Frente a la regla general del silencio negativo, la virtualidad del silencio positivo quedó reducida a casi nada y conducía a una inseguridad aún mayor para el supuesto beneficiario que no podía acudir a la jurisdicción Contencioso-administrativa frente a un acto presunto favorable ni tenía seguridad de que la Administración respetase la licencia o autorización obtenida. A su vez, el silencio negativo había degenerado en la práctica en un abuso generalizado de buena parte de las Administraciones Públicas, convirtiéndolo en el modo ordinario de contestar las peticiones o recursos de los particulares. Cita al efecto los informes del Defensor del Pueblo desde 1983, donde se había venido denunciando el abuso fraudulento del silencio negativo. La nueva Ley pretende, (la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común) según el mismo autor, una radical modificación del régimen del silencio.*

Así parecía enfocarse en la propia Ley de reforma cuya exposición de motivos afirma que “la Ley introduce un

<sup>2</sup> GARRIDO FALLA Y JOSÉ MARIA FERNANDEZ PAS-TRANA. *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*. Civitas 1993.



nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano, superando la doctrina del llamado silencio administrativo". No se trata, asegura, de una alteración de la norma tradicional para establecer el silencio administrativo positivo, sino que el carácter positivo de la inactividad de la Administración "es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa en el plazo establecido". Esta garantía "sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o cuando realmente no exista el derecho" cuyo reconocimiento se pide.

A esta ambiciosa formulación inicial cabría oponer graves reparos; de entrada, nos preguntamos ¿Se supera realmente la llamada doctrina del silencio administrativo? ¿Se introduce en verdad un nuevo concepto de la relación de la Administración con los administrados? Por lo pronto, esto último ni cabe en las modificaciones introducidas ni podemos saber realmente en qué consiste ese nuevo y ambicioso concepto. Porque tampoco atisbamos la pretendida superación de la doctrina del llamado silencio administrativo. Esta consistía simplemente en dar cierto valor jurídico al hecho de que la Administración no resolviese una solicitud del particular creando una presunción legal de resolución desestimatoria para posibilitar el acceso al recurso contencioso, en un sistema donde se exige la existencia (aunque sea formal) de una resolución previa que es la que el Tribunal ha de revisar; de lo cual se pasó, en ciertos casos, a atribuir a la citada omisión el valor del acto que se había solicitado, con su mismo contenido. De hecho, el nuevo sistema no significa renovar totalmente el anterior. Introduce lo que pretende ser una categoría de "actos presuntos", que se producen cuando la Administración no resuelve en el plazo establecido y que pueden entenderse, en unos casos desestimatorios y en otros estimatorios de lo pedido. ¿Donde está la diferencia transcendental? ¿En que ahora no se llama silencio o a la inactividad de la Administración? ¿En que prevalecen los supuestos positivos (de estimación) sobre los negativos (de desestimación)? ¿Pero es esto verdad cuando en la normativa sustancial puede establecerse, caso por caso, que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa? Parece que aquella inicial y ambiciosa afirma-

ción no se cumple, como veremos luego, en los arts. 43 y 44 de la nueva Ley. La verdadera novedad es la introducción de la certificación para acreditar “los actos presuntos”, cuyo mecanismo no va más allá de certificar que transcurrieron los plazos sin resolver cuando de veras se digne la Administración certificarlo así, es decir, poco más de lo que podría acreditarse con la denuncia de la mora o la presentación de la solicitud debidamente sellada en el Registro General.

La doctrina no parece compartir la ambiciosa visión de una reforma apenas existente. Así, Garrido Falla señala que la Ley introduce un nuevo enfoque del régimen del silencio, menos conservador y más garantista, en el que se trata de terminar con el vicio de que no se dicte resolución expresa en el plazo legal; y supone el legislador que el silencio dejará de ser un hábito y se convertirá en una forma residual de resolución. El legislador “parece optar por el silencio positivo como regla, algo que no tendría precedente ni en España ni fuera de ella” aunque el mismo autor no pueda por menos de señalar a continuación que el movimiento no es tan pendular como pudiera parecer, que el silencio negativo seguirá jugando un papel más importante de lo que pudiera pensarse y que el positivo acabará sucumbiendo ante las “pseudoresoluciones expresas” que la propia Ley posibilita cuando permite a la Administración pronunciarse durante veinte días, después de producido el silencio, en sentido contrario a su efecto positivo.

Las iniciales precisiones de este autor ponen, pues, de manifiesto que la revolución no es ni tan grande ni tan decisiva. Otros autores emiten críticas terminantes. Así, Santamaría Pastor<sup>3</sup> tras afirmar que el destino de la nueva regulación del silencio es su protagonismo y que ha adquirido, con justicia, la condición de tema estrella, no obedece a las novedades radicales que aporta (que no son tantas) sino a ser la institución de la Ley “que ha recibido las soluciones más desgraciadas en el plano técnico”; y llega a asegurar de modo terminante que la regulación del silencio administrativo “es, sin paliativos, un desastre”. Álvarez de Cienfuegos<sup>4</sup> abunda en otras críticas respecto del silencio en la vía de recurso, tras llamar “confuso y en algunos aspectos contradictorio” al art. 43, donde se regulan en general los actos presuntos.

<sup>3</sup> JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. “Comentario Sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. En la obra de varios autores de Ed. Carpen, pág. 165.

<sup>4</sup> En la obra colectiva citada, pág. 347.

### 3. La nueva regulación

Como la L.P.A., también la nueva Ley parte de la obligación que tiene la Administración de resolver las solicitudes que se formulen (tanto en vía de petición como en la de recurso) si bien, en lugar de un plazo general rebasado el cual pueda considerarse desestimada la petición a efectos de deducir el correspondiente recurso, el art. 42.1. formula la obligación de dictar resolución expresa y establece además un plazo máximo al efecto, no general, sino el “que resulte de la tramitación del procedimiento aplicable en cada caso”, formulación que ocasiona nuevos problemas, como luego veremos.

Según Santamaría Pastor<sup>5</sup> el primer reproche que cabe es el de “su insuperable oscuridad en la definición de los caracteres generales de la institución del silencio”.

#### *Esquema general*

El que puede deducirse de los arts. 43 y 44 es el siguiente:

Se intenta un tratamiento unitario del silencio, positivo y negativo, en vía de petición y en vía de recurso (para este último, completado en el art. 117).

Cabría decir que el hecho general del silencio de la Administración se ordena según sus *consecuencias positivas* (estimación de la petición) o *negativas* (desestimación de la misma).

Sin embargo, el epígrafe del art. 43 (y también el del 44) se refieren a *actos presuntos*, no a la presunción de desestimación o de estimación. Podría deducirse de ello que ahora el silencio genera en todo caso un acto de la Administración, aunque éste sea un acto presunto. Aparentemente, había desaparecido la sustancial diferencia entre la ficción de una desestimación presunta y la generación por el silencio de un acto con el mismo contenido de la solicitud silenciada, establecida en la legislación anterior y completada por la jurisprudencia. Ahora se trataría, repetimos, de actos presuntos de contenido positivo o negativo, que pueden “hacerse valer” no sólo ante la Administración, sino *erga omnes*, si bien no se me alcanza el valor frente a terceros que pueda tener la desestimación presunta de una petición de licencia, v.gr. En esto parece |

<sup>5</sup> La misma obra.

consistir la “superación” de la doctrina del silencio administrativo.

La inversión de los términos. Según el preámbulo de la Ley, “el carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido”. La aplicación estricta de esa finalidad llevaría a considerar como normal el silencio positivo, que es lo que verdaderamente satisface la pretensión del particular otorgándole lo pedido y no, simplemente, abriéndole el camino de la revisión jurisdiccional. Claro está que una solución así presentaría no menores inconvenientes: todo lo que se pide no puede entenderse logrado por el mero silencio, porque hay pretensiones determinantes de actos nulos, de actos que afectan al público interés o al de terceros, o de actos simplemente ilegítimos, que vulneran el ordenamiento jurídico. La experiencia había venido señalando que, si el silencio negativo podía generar en la Administración actitudes rutinarias, negligentes u obstaculizadoras para el derecho de los particulares, el silencio positivo era capaz de ocasionar asimismo situaciones en las que se atribuía un derecho al que la Administración privaba luego de eficacia por distintos procedimientos, hasta vaciarlo de contenido material.

Podría, pues, parecer que el art. 43 de la nueva Ley se inclinaba por la primacía del silencio positivo, y así, no habiendo recaído resolución en plazo, las solicitudes de los interesados “se podrán entender estimadas en tres supuestos”: (art. 43.2)

- Solicitudes de licencia y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de empresas.
- Solicitudes de aquéllas que habilitarían para el ejercicio de derechos preexistentes (son las típicas licencias en sentido técnico) salvo que transfieran facultades relativas al dominio público o al servicio público y todos los casos en cuya normativa de aplicación no se establezca que por la falta de resolución expresa quedarán desestimadas.

Con esta última prescripción parece, pues, optarse por el silencio positivo como norma general, a diferencia del sistema anterior.

En cambio, se podrá entender desestimada la solicitud sólo en dos supuestos: (art. 43.3)

- procedimientos de ejercicio del derecho de petición.
- resolución de recursos administrativos (cfr. art. 117), si bien el efecto será el contrario si lo recurrido es la desestimación presunta de una solicitud por el transcurso del plazo (nótese la antinomia con respecto al apartado anterior si lo tácitamente desestimado fuese, v.gr., una autorización que otorgara derechos sobre el dominio público).

El silencio, pues, una vez vencido el plazo de resolución establecido en cada caso, origina un acto que, según el citado art. 43, será generalmente estimatorio y en los casos previstos, desestimatorio. Pero ¿cómo se produce ese acto? Aquí, la complicación es ya manifiesta.

En primer lugar, el vencimiento del plazo *no exige de la obligación de resolver*. La Administración podrá emitir un acto expreso, pero sólo hasta que se expida la certificación a que se refiere el art. 44.

Vencido aquel plazo, “se podrá entender” estimada o desestimada la petición, según los supuestos antes enumerados. ¿Qué quiere decir “se podrá entender *estimada o desestimada*”?

Por lo pronto, si se trata de la desestimación, parece que el efecto habrá de ser el de abrir la posibilidad de entablar el recurso administrativo o jurisdiccional correspondiente. Aunque el art. 44.2 diga que “para su eficacia ...” deberán acreditarse los actos presuntos mediante certificación emitida por el Organismo competente que debió resolver, no puede admitirse que esta prescripción constituya un obstáculo para la interposición de los recursos; en primer término, porque si el plazo para resolver hubiere claramente transcurrido, ningún otro requisito se opone a que la resolución “se entienda” desestimada; en segundo término, porque ese es en tales casos el efecto de garantía para el particular, el que le permite acceder a la tutela judicial, sea directamente o tras agotar los recursos administrativos y así lo establece el art. 38 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que no puede considerarse derogado. En el supuesto de desestimación, pues, ningún efecto agrega la certificación, como no sea el de suplir cualquier duda acerca del trans-

curso del plazo de resolución, el de impedir que la Administración dicte acto expreso y el de servir su recepción (o su solicitud si no se emitió en plazo) de *dies a quo* para la interposición de los recursos; prescripción que, lejos de ampliar las posibilidades de recurrir, las restringe, como después veremos.

En el caso de que la solicitud pueda entenderse estimada, también a partir de la finalización del plazo de resolución, se podrá "hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier otra persona, natural o jurídica, pública o privada". El derecho autorizado, la licencia adquirida o la aprobación conseguida con el silencio, serán actos válidos a partir de ese momento y así podrán hacerse valer.

¿Qué quiere decir, pues, que "para su eficacia" deban acreditarse mediante certificación? ¿Se trata de un requisito para la eficacia de un acto que ya se ha perfeccionado y es por tanto válido? No es éste, sin embargo, uno de los requisitos que la propia Ley establece para la eficacia de los actos en el art. 57.2. Con arreglo al mismo, si son actos, y así los califican los arts. 43 y 44, producirán efectos desde su fecha, y ésta es aquélla en que se puede entender estimada o desestimada la petición.

El párrafo 3 del art. 44 señala que "si la certificación no fuese emitida ... los actos presuntos serán igualmente eficaces ..." Es decir, como ya lo eran desde su producción. La certificación es, pues, un mero instrumento de prueba del acto, de su fecha y de su contenido, que puede suplirse con la solicitud, si se trata de hacerlo valer antes del plazo de veinte días en que ha de emitirse la certificación, y con la petición de ésta después. Por otra parte, su emisión pone fin al procedimiento: la Administración ya no puede resolver expresamente.

<sup>6</sup> Acerca de esta obligación de la Administración, así como de los efectos del silencio y otros aspectos importantes, véase GONZÁLEZ PÉREZ "Ante el nuevo procedimiento administrativo". *Revista Galega de Administración Pública*, nº 4 1992, págs. 9 y ss.

#### 4. Efectos del nuevo sistema

##### A) *El deber de resolver* <sup>6</sup>

Como el silencio negativo no es la norma general ni delimita a través de sus requisitos el acceso a los recursos como ocurría en el sistema anterior, se ha prescrito ahora un plazo máximo para resolver con estricta obligación de cumplimiento y no simplemente un plazo má-

ximo de duración del procedimiento como establecía la LPA (art. 61), (si bien ya en ésta se tenía también en cuenta los plazos preceptivos de la tramitación (art. 77.1). Según la nueva Ley se origina el acto presunto cuando no “haya recaído resolución en plazo” y este “plazo máximo para resolver las solicitudes que se formulen por los interesados será el que resulte de la tramitación del procedimiento aplicable en cada caso”, y si la norma del concreto procedimiento no lo fija, será de tres meses. Al partirse ahora del final de ese plazo, la remisión a las normas de cada procedimiento es inevitable, dada la diversidad de las existentes y la variedad de la duración de sus plazos e incidencias. El problema radica, como señala Santamaría Pastor en la forma de señalar esos plazos, que deberán ser unitarios para cada procedimiento pero que inevitablemente sumarán al administrado en la perplejidad, dada su variedad. El mismo indica al respecto que “el mecanismo de silencio, para ser realmente efectivo, debe estar configurado con una extraordinaria simplicidad, como lo estaba en la Ley de 1958”. La conclusión es obvia: la nueva regulación es, de hecho, menos garantista. Incluso le agrega confusión la posibilidad de ampliar los plazos del procedimiento o el máximo de resolución, que puede acordar el órgano competente para instruir o resolver sin que contra su decisión quepa recurso alguno. Obviamente, habrá de notificarse a los interesados, pero esto puede ser sumamente difícil (el motivo de la ampliación es la abundancia de solicitudes) y la comunicación mediante publicación de anuncios puede producir indefensión.

La posibilidad de interrumpir el plazo no está regulada.

El deber de resolver no persiste indefinidamente como en la LPA, aunque se haya producido la presunción de acto (o el acto presunto) o incluso aunque el particular haya recurrido. Ahora, una vez emitida la certificación, la Administración no puede ya resolver; el procedimiento ha terminado. Habrá que suponer que igual consecuencia se produce cuando la certificación solicitada no se haya emitido. La certificación viene a operar de modo similar a la antigua denuncia de la mora con algún efecto añadido, sobre todo teniendo en cuenta que ahora también se establece para los supuestos de silencio positivo.

Uno de esos efectos es especialmente importante: en el sistema de la LPA, siendo potestativa y no sometida a término final la denuncia de la mora (art. 94.1) el particular podía esperar indefinidamente la obligada resolución expresa. En la nueva Ley, el particular que ha visto desestimada (o estimada) su petición por los efectos del silencio, no tiene un plazo establecido para solicitar la certificación (aunque luego, a partir del día siguiente a la recepción de ésta, se cuenten los plazos para recurrir); y como mientras aquélla no se expida, la Administración puede resolver, se reproducen con otra forma aquellos efectos atribuidos a la denuncia de la mora.

**B) La extensión del silencio positivo** (la “supuesta cláusula general” de silencio positivo).

Frente al sistema de la LPA, donde se arbitraba una denegación presunta de la petición o recurso destinada simplemente a abrir la vía de revisión jurisdiccional y una previsión de que el silencio se entendería positivo, es decir, estimatorio de la petición, limitada a los casos en que el art. 95 LPA o una disposición expresa lo establecieran, la nueva Ley pretende, según su preámbulo, “superar” la doctrina del silencio administrativo.

Respecto del sistema general del silencio negativo se había criticado, como antes dijimos, el uso extensivo hecho por la Administración el cual, unido a la acumulación de asuntos ante los Tribunales Contencioso-Administrativos y a las dificultades para la ejecución, venía a constituir un obstáculo apenas superable para la garantía del administrado frente a las vulneraciones legales de la Administración.

Según el mismo preámbulo de la Ley 30/1992, el silencio (positivo o negativo) “no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando la Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado”. Garantía, pues, de los derechos de los particulares, garantía de su contenido; el modo de lograrlo consiste ahora en la unificación del tratamiento de los efectos del silencio otorgando una función primordial a los positivos (garantía del contenido del derecho del particular) y secundaria de



los negativos (garantía formal de acceso a la jurisdicción). Para ello, además de extender los supuestos legales en que el efecto del silencio es positivo, estimatorio de la petición, a partir de los antes establecidos por el art. 95 LPA, y también el Real-Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, el art. 43.2 c) contiene una pretendida cláusula general: Se podrán entender estimadas “en todos los casos las solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa”. O sea, dicho de modo menos dificultoso: se entenderán estimadas por silencio si la normativa aplicable no se pronuncia sobre el efecto del silencio, estableciendo que éste sea desestimatorio. Lo cual comporta estas consecuencias: la norma se comporta como supletoria; de ella deriva una aplicación general del efecto positivo del silencio pero sólo si no ha sido expresamente excluido; los efectos del silencio, salvo en el ámbito de los apartados a) y b) de este precepto, habrán de ser previstos y determinados al regular la normativa correspondiente, o en relación con todas las ya establecidas, es decir, en todo el ordenamiento, precisamente para prever efectos indeseables o inadecuados (tal ha sido siempre la mayor objeción a la extensión generalizada del silencio positivo). Por otra parte, la normativa en cuestión que, si hubiera de aplicarse literalmente el párrafo 5 del art. 43, sería de publicación potestativa (“cada Administración ... podrá publicar” dice el precepto) será unas veces de competencia estatal y otras de las comunidades autónomas, con lo cual el régimen del silencio “puede ser negativo o positivo en las distintas partes del territorio español o sucesivamente alterado en un mismo territorio, con la evidente desventaja e inseguridad que, frente a un régimen uniforme del silencio, ello puede suponer”<sup>7</sup>. Según Garrido Falla, dicha cláusula supletoria y dispositiva del silencio positivo puede tener un alcance más amplio del que sospecharan los legisladores; así, señala que el criterio del legislador había sido anteriormente el de considerar innecesario regular en cada caso los efectos del silencio por existir un precepto general negativo (el art. 94 LPA). Más ahora, en el caso de que el legislador nada diga, no cabe indagar su voluntad, ya que el apartado 2 c) del art. 43 exige norma expresa que autorice el efecto desestimatorio. Por otra parte lo previsible, según la lógica tendencia de las Administraciones públicas a formular dis-

<sup>7</sup> GARRIDO FALLA. *Ob. cit.* pág. 188.

posiciones determinantes del efecto negativo, será que el positivo se convierta en residual, y además, indeterminado e imprevisto.

En resumen, y como consecuencia, puede afirmarse: habrá variedad de efectos del silencio (incluso en regulaciones de fondo análogas) según el lugar y el tiempo.

Riesgo de que el particular desconozca los efectos en cada caso.

La cláusula supletoria de silencio positivo pasará a ser lo contrario, pero no en virtud de una norma general, sino de una multitud de normas particulares.

(Lo cual cobra todo el aspecto de una regresión a la situación que precedió a la formulación de la presunción desestimatoria)

### C) *La uniformidad de tratamiento del silencio*

La pretendida superación de la doctrina del silencio, anunciada en el preámbulo, no aparece más que en la forma de los preceptos del art. 43. De hecho, todo se reconduce a prever dos tipos de consecuencias: aquéllas en que se podrá entender estimada o bien desestimada la solicitud del particular y la citada inversión de la cláusula residual. El silencio, que para muchos ha sido "un gran enigma"<sup>8</sup> sigue presente en sus dos consecuencias y, como señala Sainz de Robles, "ni el enigma ha sido resuelto, ni se ha desterrado el abuso de poder que bajo él se cobija; y la Ley 30/1992 por el contrario "ha añadido oscuridad a las tinieblas", "ha convertido en institución el silencio administrativo y ha dado carta de identidad con inmunidad circulatoria a esa entelequia denominada "acto presunto". Ahora el acto presunto, no la presunción de estimación o desestimación (pese a la frase "se podrán entender estimadas") es una realidad en la Ley, que incluso llega a relevar a la Administración de su obligación general de resolver cuando se haya expedido la certificación prevista en el art.44.

La uniformidad de tratamiento viene a quedar reducida a la consagración del denominado acto presunto, con diversidad de efectos y eficacia erga omnes. ¿Qué eficacia será ésta, sobre todo si el acto presunto es negativo? La sustancia sigue siendo la misma; sólo varía la vestidura legal y algunos de sus efectos.

<sup>8</sup> FEDERICO CARLOS SAINZ DE ROBLES. "El silencio administrativo en la Ley 30/1992". En TAPIA, marzo-abril 1993.

#### D) *La responsabilidad de los administradores*

Uno de los aspectos de la Ley más proclamados y claramente subrayado en el preámbulo, es el que allí se denomina “derecho a la identificación de las autoridades y funcionarios bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos ...” que se destaca como “innovación significativa” (rompiendo la tradicional opacidad de la Administración), que “se complementa ahora con la posibilidad de solicitar la exigencia de responsabilidad por las anomalías en la tramitación”. Los titulares de los órganos que ejerzan la competencia y el personal que tenga a su cargo el despacho de los asuntos “son responsables directos de que la obligación de resolución expresa se haga efectiva en los plazos establecidos”. El incumplimiento “dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, o, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo”. Por otra parte, la no emisión de la certificación de acto presunto en plazo “será considerada como falta muy grave”.

Parece oportuno señalar en primer término, como hace Sainz de Robles,<sup>9</sup> que la atribución de responsabilidad al titular no puede excluir la responsabilidad directa de la Administración (art. 106.2 de la Constitución).

Y en cuanto a la de Autoridades o funcionarios, si se piensa en la escasísima aplicación de los arts. 61.2 y 77 de la LPA cuyos preceptos no eran en sus consecuencias menos enérgicos (aunque lo fuesen en la forma), puede colegirse la suerte de los actuales. Sobre todo teniendo en cuenta, como señala Santamaría Pastor<sup>10</sup> que, en la inmensa mayoría de los casos, las competencias decisorias (y por ende, la potestad indelegable de expedir la certificación) se hallan confiadas a personas político, libremente designado y revocado y no sometido a régimen disciplinario. Calificar, pues, el incumplimiento como falta muy grave (como si la expedición correspondiera a funcionarios) resulta, cuando menos, chocante y no menos, hablar de remoción del puesto de trabajo que no es lo mismo que la titularidad del cargo político o de confianza. Cabe incluso pensar que ello permitirá desplazar indebidamente la responsabilidad hacia los funcionarios.

<sup>9</sup> Ob. citada.

<sup>10</sup> Ob. citada.

E) *La certificación y sus efectos*

Lo que Sainz de Robles<sup>11</sup> llama irónicamente documento presuntífero es, en su concepción y algunas de sus consecuencias, una innovación; pero una innovación de tal naturaleza que va a hacer correr mucha tinta en comentarios y en resoluciones jurisdiccionales. La reforma del denominado silencio administrativo probablemente va a producir un verdadero aluvión de nuevos litigios ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, expectativa espléndida para unos Tribunales que están al borde del colapso.

El efecto útil de la certificación, que parecería ser el de acreditar que la Administración no contestó y, antes, el de exigirle una respuesta, no difiere mucho del que en el sistema anterior podía prestar la denuncia de la mora o, en el caso del silencio positivo, la copia formalizada de la presentación de la solicitud.

Mas el nuevo documento va a tener sin duda otro alcance, en muchos aspectos perturbador.

Por lo pronto, para su eficacia los actos presuntos “*deberán acreditarse*” mediante la certificación emitida por el órgano competente que debió resolver expresamente.

¿Significa esto que la eficacia del que ahora se denomina acto presunto queda demorada hasta que se expida la certificación o, una vez solicitada, transcurra el plazo de los veinte días sin obtenerla? Esta conclusión sería directamente contraria al art. 43, donde se establece que las solicitudes “*podrán entenderse estimadas o desestimadas*” ... ¿Con qué efectos entonces? ¿Sólo el de solicitar la certificación?

Los actos presuntos se podrán hacer valer tanto ante la Administración como *erga omnes* dice el párrafo 1º del art. 44. Pero ¿es necesaria para ello la certificación? Parece que si falta la misma se podrán acreditar con su solicitud.

Los plazos para interponer los recursos se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la certificación o al de finalización del plazo de veinte días si, solicitada, no fue expedida en plazo.

En resumen, el particular que ha formulado una petición o un recurso, que ha esperado su resolución duran-

<sup>11</sup> Ob. citada, en TAPIA.

te un tiempo variable que incluso puede serle desconocido, cuando considere que éste ha transcurrido, puede (como en el anterior sistema) permanecer indefinidamente inactivo esperando que la Administración resuelva. Si ello no le interesa, tendrá que solicitar la expedición de la certificación y aguardar veinte días para poder ejercitar su derecho, bien haciendo valer el que resulta del silencio positivo, bien interponiendo el correspondiente recurso; en uno y otro caso, acreditándolo mediante este documento o la copia de la solicitud del mismo.

Mas si uno y otro documentos son sólo medios de prueba y el acto presunto ya producido tiene solamente demorada su eficacia hasta transcurridos los citados veinte días, la posibilidad que durante los mismos tiene la Administración para dictar acto expreso se convierte, en el caso del silencio positivo, en una facultad de revocación de un acto declaratorio de derechos sin someterse a la declaración de lesividad ni al procedimiento de nulidad de oficio si fuera éste el caso<sup>12</sup>.

## 5. Las garantías del administrado

Es ésta, sin duda, la finalidad confesada (en el preámbulo) de la reforma legal en lo que toca al sistema de regulación de las consecuencias jurídicas del silencio de la Administración, como lo fue en su origen la formulación de la doctrina y los preceptos que se han venido aplicando; se trataba, simplemente, de que la Administración no pudiera eludir, por el simple expediente de no dar respuesta, el reconocimiento de derechos de los particulares o el remedio para su reclamación ante lesiones producidas por la propia Administración.

Lo que ante una regulación tan complicada y discutible como la introducida por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cabe preguntarse es si las garantías del administrado son mayores que antes de la reforma. Porque la finalidad de la regulación legal del silencio de la Administración fué, desde un principio, repetimos, la garantía de los derechos de los particulares en un sistema en el que el papel de la jurisdicción consiste en revisar la actuación de la Administración y para ello se exige un acto administrativo previo revisable.

<sup>12</sup> Según GARRIDO FALLA (ob. cit., pág. 205) "Cabe preguntarse si la facilidad para dictar resolución expresa con efectos materialmente revocatorios del acto presunto no va a convertirse en la negación de efectos reales al silencio positivo. Fácil es imaginar la tentación de los burócratas de turno de elaborar, incluso, resoluciones denegatorias estandarizadas y acomodables a cualquier tipo de solicitud o recurso, y que se notificarán a los solicitantes o recurrentes con fundamentación tan vacua como genérica ("... por no reunir los requisitos legalmente exigibles..." "... por ser contraria su pretensión al ordenamiento jurídico...") Evidente es que el legislador no se ha propuesto esa posibilidad y que toca a la jurisprudencia y a la doctrina eliminar este subterfugio fraudulento (auténtico fraude de Ley) si se consolidara en la práctica administrativa. Pero seguramente serán precisos muchos años antes de desarraigar una práctica de tan fácil vaticinio, como lo suelen ser muchas prácticas viciosas.

*El sistema anterior* consistía, pues, en unas presunciones legales simples y de alcance general: si la Administración no contestaba a la solicitud del particular en el plazo establecido con carácter general por la Ley después de haber sido requerida formalmente a hacerlo (denuncia de la mora) la petición se reputaba desestimada a efectos de poder recurrir; en unos pocos casos singulares, predeterminados con claridad, el silencio durante el plazo establecido equivalía a la emisión del acto solicitado.

Las ventajas de este sistema radicaban en su extrema sencillez. La jurisprudencia completó algunos de los puntos en que su eficacia quebraba en el caso de que se entendiesen los efectos de la reacción limitados al aspecto formal (invalidación de la denegación presunta) y los fué extendiendo; v.gr., a los supuestos en que el silencio significaba inactividad material de la Administración, a los actos obstaculizadores de la ejecución de sentencias firmes etc.; y en cuanto al silencio positivo, a la posibilidad de impugnar la resolución expresa tardía, definiendo la diferencia con el negativo y delimitando el contenido del acto resultante y sus consecuencias, entre ellas la invalidez de la ulterior resolución denegatoria expresa. Quizá este sistema se había degradado en virtud de ciertas prácticas dilatorias de la Administración, unidas a un colapso funcional de los Tribunales por sobrecarga de asuntos; está por averiguar si el nuevo sistema corrige esos defectos, si es realmente tan garantista y si va a contribuir a una actuación más eficaz de la Administración y de los Tribunales que la controlan jurídicamente. Para ello, intentaremos comparar los distintos aspectos del sistema con el anterior.

### *Comparación del sistema con el anterior*

*El silencio negativo.* Como decimos más atrás, toda la anterior normativa tenía un fundamento simple: si la Administración no contestaba a cualquier petición (o recurso) en el plazo establecido por la Ley ni tampoco a la denuncia de la mora en aquel caso (no en el de recurso) el particular podía considerar desestimada su petición para interponer frente a la desestimación presunta el recurso administrativo o jurisdiccional, o esperar la resolución expresa. Así se garantizaba, absolutamente, el acceso

del particular a la jurisdicción: o sea, que la omisión administrativa de su obligación de resolver no impidiera el recurso a los Tribunales; en definitiva, el acceso a la tutela efectiva según el art. 24.3 de la Constitución. La jurisprudencia había ido completando alguna de las posibles deficiencias del sistema: así, como antes decimos, extendiéndolo a la inactividad material (y no sólo formal) de la Administración, a los actos que sirvieran de obstáculo a la ejecución de las sentencias, a la impugnación de la resolución expresa tardía, etc.

Como colofón, el Tribunal Constitucional dictó dos sentencias que cerraron para el particular la garantía del acceso a la tutela judicial efectiva; las SSTC 6/1986 y 204/1987, tras señalar el sentido y fin del silencio administrativo negativo, extienden los plazos de recurso en el caso de desestimación presunta, entendiendo que los efectos de la misma habrán de equipararse a los que para las notificaciones defectuosas establece el art. 79 LPA. La nº 204/1987, tras idéntica fundamentación, va incluso más allá al sentar la doctrina de que en los casos de desestimación por silencio, el plazo de recurso no podrá contarse sino a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado o se interponga el recurso pertinente como dispone el art. 79.3 (y ahora, el 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). El fundamento expreso en ambas sentencias es el de que no puede calificarse de razonable una interpretación que coloca a la inactividad de la Administración en mejor situación (a efectos de recursos) que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales<sup>13</sup>.

“El silencio administrativo de carácter negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración”.

... No puede calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efectuado una notificación con todos los requisitos legales. En estos casos puede entenderse que el particular conoce el texto íntegro del acto pero no los demás extremos que deben constar en la notificación...” (art. 79.3 y 4 L.P.A.; hoy 58 de la L.R.J. y del P.A.C. 30/1992).

... “No puede calificarse de razonable ... una interpretación que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales...” “... puede en cam-

<sup>13</sup> STC 6/1986, (F.J. 3.) “La inadmisión arbitraria o irrazonable, o basada en una interpretación distinta de la expuesta (o sea en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental) afecta al contenido normal del derecho fundamental” (que consiste en obtener una resolución de fondo) ... “El núcleo de la cuestión consiste en determinar si en los casos de desestimación presunta es razonable, o responde a una interpretación conforme con la Constitución en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, el entender que el plazo para recurrir en alzada ha de computarse con el mismo criterio que la propia Ley de Procedimiento Administrativo aplica en su art. 79 para los supuestos en que exista una resolución expresa notificada con todos los requisitos previstos en el mismo”.

Nótese que esta importante doctrina viene a suprimir de hecho todo plazo de caducidad de los recursos cuando la Administración no ha resuelto expresamente; si bien, pese a su generalidad, al referirse en el caso resuelto a recursos administrativos, subsistirá la duda para el silencio en caso de petición, porque el particular, que no estaba obligado por plazo a denunciar la mora, al hacerlo lleva a cabo el acto necesario para iniciar el plazo de recurso. En todo caso, la doctrina referida servía para completar una interpretación garantizadora del acceso a la impugnación jurisdiccional.

### *La determinación de los efectos del silencio*

En la nueva regulación, no es general la previsión del silencio positivo, como dijimos más atrás.

Sólo en los casos de ejercicio del derecho de petición y de resolución de recursos administrativos (salvo el supuesto estimatorio determinado por la impugnación de una desestimación presunta) el efecto del silencio es desestimatorio por disposición general del art. 43.3. y también en los supuestos (que pueden ser múltiples) de solicitudes en que la estimación que habilita para el ejercicio de derechos preexistentes (licencias) transfiera como consecuencia facultades relativas al dominio público o al servicio público (art. 43.2 b).

En los casos mencionados la determinación de si el silencio tiene o no efectos negativos puede llegar a ser extremadamente problemática; en el de recursos, porque ¿qué ocurrirá si la inicial desestimación presunta contra la que se recurre da lugar a las consecuencias previstas en el apartado b) del art. 43.2? En los supuestos del art. 43.2 b) porque puede ser muy difícil saber de antemano si se transfieren aquellas facultades, particularmente en el supuesto del servicio público, dada la dificultad para definir éste.

Pero, nótese: la alternativa es de la mayor importancia porque determina si hubo silencio negativo y al particular se abre la vía de recurso, o bien si, por ser positivo, ha obtenido nada menos que un acto favorable.

Por último: ¿cuándo tiene lugar la desestimación pre-

bio responder a tales criterios una interpretación que equipare este supuesto a la notificación defectuosa ..."

La STC 204/1987, (FJ. y 5). Agrega a la anterior doctrina un punto importante: "La aplicación analógica de esta regla, (plazo de seis meses cuando se notifica sólo el texto íntegro del acto) que es especial respecto de la norma general contenida en el art. 79.3 LPA no puede ser razonablemente aceptada en un sentido extensivo, pues ello significaría equiparar, cuando no primar, la inactividad de la Administración frente a los supuestos en que el texto íntegro del acto se notifica personalmente al interesado, supuesto en que cabe a éste la absoluta certeza de que no puede esperar ya una resolución de contenido distinto". Según esta doctrina, el plazo para recurrir, en los casos de desestimación por silencio, no empezará a contarse sino a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado, o se interponga el recurso pertinente (arts. citados).



sunta? Según el art. 43.3 cuando no haya recaído resolución en plazo. Pero el plazo no es general, ni uniforme y probablemente ni siquiera establecido por Ley. Es “el que resulte de la tramitación del procedimiento aplicable en cada caso” (art. 42.2.) o, si no está fijado, el de tres meses (ampliable en ambos supuestos)<sup>14</sup>. En el caso de recursos, será el que corresponda a la resolución del recurso (arts. 117, 119.3, 124, 125.2).

Parece que ese plazo no podría (no debería) ser el que resulte de la tramitación, o sea el de la suma de los plazos parciales de cada procedimiento; no debería, porque la variedad aquí se convertiría en indeterminación y el plazo razonable de duración indefinida<sup>15</sup>. Esto, amén de que el cómputo del plazo puede plantear nuevos problemas, y, de no estar determinado, si puede o no interrumpirse. Aún hay más; el transcurso del plazo determina, sin duda, la desestimación presunta (“se podrá entender desestimada la solicitud” dice la Ley: art. 43.3). Pero, “para su eficacia” el interesado “deberá acreditar los actos presuntos” mediante la certificación a que se refiere el art. 44.2. Durante el plazo de veinte días en que ha de otorgarse, la Administración puede dictar resolución expresa, pero no después de expedirla. Se plantea así una duda importante: ¿puede recurrirse una vez transcurrido el plazo de resolución, o ha de esperarse a obtener la certificación o a que transcurra el plazo de veinte días a partir de los citados momentos? (art. 45.5), pero ¿no puede recurrirse antes? ¿Qué sentido tiene en el caso de silencio negativo la demora de su eficacia? ¿Cuál es el alcance del acto expreso dictado dentro de los veinte días pero después de haberse interpuesto recurso?

A lo dicho hay que agregar una incertidumbre que es común al silencio negativo y al positivo: que se entienda como desestimación de la solicitud depende de que así se establezca en la normativa de aplicación. Uno ú otro efectos pueden, pues, ser distintos en las distintas partes del territorio español, (Garrido Falla)<sup>16</sup> variar con el tiempo y necesitar de una norma nueva en relación con la regulación que sea anterior a la Ley 30/1992, si se quiere impedir que se aplique el silencio positivo. Sainz de Robles<sup>17</sup> entiende que la “normativa de aplicación debe tener rango legal, aunque así no se dice en el precepto, para evitar que sean las propias Administraciones quienes “ad-

<sup>14</sup> GARRIDO FALLA (ob. cit. pág. 203) hace notar que la nueva Ley implica una notable heterogeneidad que ni siquiera la fórmula supletoria permite uniformizar, ya que el interesado, aún en el caso de que no exista norma específica, es colocado al formular su solicitud en una situación de incertidumbre sobre el momento en que se producirá el acto presunto.

<sup>15</sup> Según SANTAMARIA PASTOR (ob. cit. pág. 168-169) no cabe otra posibilidad interpretativa razonable que la de que la norma procedimental sectorial establezca un plazo máximo a forfait (un plazo único y simple). Habida cuenta (dice) de que, en lo sucesivo, podrá haber tantos plazos máximos de resolución cuantos procedimientos diferenciados (y de estos puede haber por encima de mil), la *eficacia garantizadora* del silencio pierde, lamentablemente, muchísimos puntos.

<sup>16</sup> Ob. cit. TAPIA pág. 188. Considera este autor que la norma del art. 43.5 (publicación de una relación de los procedimientos en que los efectos son estimatorios o desestimatorios, aunque bien intencionada está destinada al fracaso, desde el

punto y hora en que ni siquiera se impone a las Administraciones Públicas como una obligación; estamos en presencia ... de una de esas norma ... destinadas a incumplirse, en la medida en que ningún efecto deriva de su incumplimiento.

<sup>17</sup> SAINZ DE ROBLES (ob. cit.) señala, comentando el desdoblamiento de los supuestos de nulidad radical del antiguo art. 47.1 LPA el del art. 62.1 f): “actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición” que éste lleva aparejada su revisión de oficio en cualquier momento. Son actos presuntos por los que se adquieren facultades o derechos y esa es la categoría que el art. 110 LPA reservaba al juicio de lesividad. El campo típico de adquisición es el de las concesiones administrativas, y ahí ¿cuándo puede estimarse que se carece de los requisitos esenciales? ¿Hay que entender que se alude a las establecidas en los concursos? o ¿la esencialidad concierne a las condiciones personales del adquirente: inhabilitación, incompatibilidad, etc.?

ministren” los efectos de su propio incumplimiento del deber de resolver expresamente, menoscabando los propósitos esenciales de una Ley que pretende disciplinar el procedimiento común con el carácter de básica y no duda de que en leyes sucesivas se vaya excluyendo el efecto positivo del silencio. Según este mismo autor las leyes anteriores que nada tengan previsto se sumergen en la vorágine del silencio positivo. Y agrega, en cuanto a la publicación de las relaciones de procedimientos en que ha de tener lugar la prescripción sobre el silencio “para mejor conocimiento de los ciudadanos” (art. 43.5), que es dudoso que vaya a cumplirse; que la Administración, para hacerlo, tendrá que interpretar el régimen legal; y que, ante los posibles efectos de ello, será conveniente (aunque no necesario) impugnar aquellas relaciones cuando se publiquen, a fin de conocer cual puede ser la suerte del administrado en un determinado procedimiento.

### *¿Hay aumento de las garantías?*

*En resumen:* frente a la claridad y simplicidad del sistema anterior, donde ningún obstáculo aparente se oponía a la garantía ofrecida por el art. 24.1 de la Constitución, sobre todo después de la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional en las Sentencias citadas, el sistema actual resulta ser incierto, variado y variable en cuanto a los plazos, a la clase de procedimientos en los que el efecto del silencio es negativo; en cuanto al momento de la impugnación... Por otra parte, una vez solicitada la certificación de acto presunto, los plazos para recurrir actúan inexorablemente y ni siquiera cabe ya esperar una resolución expresa cuya posibilidad ha precluido, como más atrás se ha indicado.

No puede, en modo alguno, afirmarse que el sistema actual aumente las garantías del administrado, y menos desde el punto de vista del art. 24.1. C.E.

Sin embargo, esta finalidad garantista parece haberse buscado mediante la generalización de la consecuencia estimatoria del silencio, la cual paradójicamente colocará al administrado en una situación de fuerza frente a una Administración dilatoria, puesto que al atribuirle de modo general la satisfacción de su solicitud que le permitirá hacer valer sus efectos, ello le colocará en muchos

casos frente a la oposición de aquélla con lo cual el aumento de garantías resultará más que dudoso. Al silencio positivo cabe aplicarle cuantas dudas se ofrecen para los antes citados aspectos del silencio negativo, en un régimen confuso y hasta contradictorio. Así, según antes se dice, habrá indeterminación y variedad en los plazos de resolución, normativa variada en el tiempo y el espacio en cuanto a la expresión de si el silencio es positivo o negativo, dudas fundadas en cuanto a la legislación anterior, interpretación de la Administración al publicar la relación de los procedimientos (que puede disparar el número de litigios), las dudas (que son muy de fondo) en la interpretación de las excepciones del párrafo b) del art. 43.2 ... etc., etc. No vamos a repetir lo antes dicho, porque la enorme inseguridad del administrado en cuanto a los efectos de la actitud pasiva de la Administración son aquí las mismas, para conocer con certeza si tiene que recurrir (y cuándo) o si puede considerar que su petición ha sido otorgada.

### *Los resortes finales de la Administración*

Con todo, no es esa la menor incertidumbre. Podría decirse que, una vez transcurrido el plazo de resolución, el particular puede entender estimada su solicitud pero, para su eficacia, deberá acreditarlo mediante la certificación que establece el art. 44. Y la Administración, pese a lo dicho y en contra de la presunción constitutiva del acto, puede dictar resolución expresa contraria en los veinte días de que dispone para emitir la certificación. Aún más: el art. 62 establece que serán nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Y el art. 103 permite la anulación de oficio, sin previa declaración de lesividad (y sin acudir tampoco al procedimiento de declaración de nulidad del art. 102) de los actos declarativos de derechos si infringen gravemente norma de rango legal o reglamentario.

Parece, pues, que entre dicha ampliación de los casos de nulidad radical y la posibilidad de anulación de oficio, la Administración conserva facultades que le permiten invalidar el acto ganado por silencio después de expedida la famosa certificación. Según Sainz de Robles, aún con la

cautela sustancial que supone el dicatamen favorable del órgano consultivo, el art. 62.1. f) deja en manos de la Administración un arma verdaderamente contundente y en las del administrado un considerable vacío de seguridad y confianza<sup>18</sup>. Ha de señalarse también que la infracción manifiesta de la Ley del art. 110 LPA, el 103. a) de la actual la convierte en mera infracción grave de normas de rango legal o reglamentario.

Huelga ahora mayor comentario acerca de esta grave trasmutación y sus efectos, porque éstos son evidentes.

Parece que el principio general de irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos de derechos, que sigue siendo aplicado en la nueva Ley, experimenta una importante reducción. Tal había sido una antigua tendencia de la Administración en la práctica, erradicada por la jurisprudencia en relación con los actos originados por silencio positivo.

Según Garrido Falla<sup>19</sup>, la sustitución en el art. 103.1 del término “infracción manifiesta de la Ley” que se encontraba en el 110.1 de la LPA por el mucho más amplio de que “infrinjan gravemente normas de rango legal o reglamentario” parece que ha podido obedecer al fin de dotar a la Administración de un amplísimo margen de apreciación que escape al principio de tipicidad, pues a ella incumbe en primer término decidir cuándo se infringen gravemente las normas jurídicas en asuntos ajenos al derecho sancionador. Propone este autor una interpretación restrictiva. Al fin y al cabo, es la que recibió de la jurisprudencia la norma del 110.1 LPA pese a ser de suyo mucho más estricta que la ahora empleada.

En definitiva, es este un nuevo portillo por donde se introduce la falta de garantía del particular que ha ganado un acto estimatorio como consecuencia del silencio de la Administración, el cual va a estar, durante cuatro años, amenazado de invalidación administrativa si es declaratorio de derechos.

## 6. El agotamiento de la vía administrativa

La configuración de los efectos del silencio como un acto presunto tiene además la consecuencia de que, en el caso de silencio negativo, procede contra el mismo el re-


<sup>18</sup> Ob. cit., pág. 215.

<sup>19</sup> Señala GARRIDO FALLA (ob. cit. pág. 242) que los términos del art. 44.5 son demasiado rotundos para darle la interpretación que él postula (que deba incluir la indicación de recursos). De modo, dice, que tendríamos que pensar en una posible inconstitucionalidad del precepto. Que se admita por la Ley la demora de la eficacia de los actos administrativos a una válida notificación cuando se trate de resoluciones expresas y se niegue en relación con las presuntas es, sin duda, una arbitrariedad del legislador, carente de toda justifica-

curso administrativo ordinario ante el superior jerárquico (salvo que aquél agotase la vía administrativa).

Pues, como no se prescribe que la certificación contenga referencia a los recursos procedentes y el plazo de interposición, (art. 44.3), si éstos se computan a partir de aquélla (art. 44.5) irían en contra de la antes citada interpretación del Tribunal Constitucional en las Sentencias mencionadas. No puede, pues, tampoco afirmarse que en este punto se haya ganado en garantías, pese a la evidente complicación. Y pensemos, también aquí, en la masa de recursos que esa omisión puede generar.

Cuanto antes se dice es aplicable al recurso contencioso-administrativo cuando el acto presunto agote la vía administrativa.

En cuanto a la obligación de comunicar al órgano que dictó el acto impugnado la interposición del recurso contencioso-administrativo, es dudosa en el caso del acto presunto. 

Francisco Javier  
Jiménez  
de Cisneros Cid

Profesor titular de  
derecho administrativo.  
Universidad Autónoma  
de Madrid

## Régimen del suelo no urbanizable: Problemas y perspectivas\*

### 1. Suelo no urbanizable y contenido del derecho de propiedad: el problema del *ius aedificandi* y el destino natural de este tipo de suelo

*A) Los fundamentos del sistema normativo: la separación entre el *ius aedificandi* y el derecho de propiedad.*

El sistema normativo regulador del régimen urbanístico de los últimos veinte años en España, descansa sobre el axioma de la inexistencia de un mínimo homogéneo de facultades ínsitas en el contenido del derecho de propiedad, sino que existen tantos derechos de propiedad como estatutos jurídicos reguladores de éste. Este concepto estatutario del derecho de propiedad ha llevado a disociar el *ius aedificandi* de las facultades propias del titular dominical, en el ámbito de la propiedad urbana.

\* El presente trabajo reproduce el texto de la conferencia impartida en la EGAP el día 31 de mayo de 1994.

La conclusión evidente, pieza clave en todo el sistema urbanístico, es que las facultades edificatorias provienen de una instancia externa a la propia relación dominical, es decir, del Plan de Ordenación Urbana y, por consiguiente, de la actuación positiva de la Administración que representa así los intereses generales de la colectividad.

Corolario de todo lo anterior es, de un lado, que la alteración anticipada del Planeamiento Urbanístico (*ius variandi*) no produce, sin más, derecho a obtener indemnización alguna, salvo los supuestos hoy recogidos en los arts. 237 a 241, y siempre que se hubieren patrimonializado alguna de las facultades urbanísticas en que se descompone el derecho de propiedad urbana; de otra parte, que la clasificación del suelo en distintas categorías, con regímenes jurídicos diferentes, no confiere, en principio, derechos indemnizatorios, por suponer una delimitación del contenido del derecho de propiedad (arts. 5 y 6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992; 76 y 87 del Texto Refundido de 1976).

El único matiz que hay que introducir en este silogismo, se encuentra en la clasificación del suelo urbano, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene admitiendo de forma reiterada, desde hace ya muchos años, que para su consideración como tal la Administración Pública carece de cualquier facultad discrecional, estando obligada a clasificar como suelo urbano aquellos terrenos que cumplan los requisitos materiales contenidos hoy en el art. 10 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, o que se encuentren situados en zonas consolidadas por la edificación en sus dos terceras partes. Es decir, la clasificación del suelo urbano es un reflejo de la actuación reglada de la Administración.

**B) Contenido y finalidad del suelo no urbanizable en el sistema normativo vigente: el destino natural.**

Todo lo anterior, si se proyecta sobre el suelo no urbanizable, produce la consecuencia jurídica de que -en el cerrado sistema positivo- los propietarios de terrenos clasificados como suelo no urbanizable carecen de un contenido edificatorio inherente a su relación dominical, pues el destino de este tipo de suelo habrá de ser siempre el agrícola, forestal, ganadero, cinegético o aquéllos vincu-

lados a la utilización natural de los recursos naturales, debiéndose garantizar la exclusión o preservación de estos terrenos del proceso urbanizador y edificatorio (arts. 15 y 16.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992).

Precisamente porque la relación de propiedad no garantiza per se un mínimo contenido edificatorio, la consideración de los terrenos como suelo no urbanizable tampoco produce derecho a obtener indemnización, al no tratarse de una minoración de facultades o privación singular de algún derecho, sino que se trata de una definición o delimitación del contenido del derecho de propiedad. De igual forma, este tipo de suelo queda al margen de los complejos mecanismos de equidistribución de las cargas y beneficios que se derivan del planeamiento, dado que, por definición, están excluidos del proceso de urbanización y edificación.

Es la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones de Suelo, la que ha expresado con un mayor rigor y precisión el fundamento de este sistema. Así se puede encontrar en su Preámbulo (III, párrafo 2º) un completo resumen de las ideas que anteriormente se han expuesto:

“Un esquema positivo coherente ha de partir del reconocimiento a toda propiedad inmueble, como inherente a ella, de un valor que refleje sólo su rendimiento (real o potencial), rústico (valor inicial en la terminología de la vigente Ley), sin consideración alguna a su posible utilización urbanística. Las plusvalías imputables sólo a la clasificación y calificación urbanísticas y, consecuentemente, a los aprovechamientos resultantes derivan del planeamiento, en la forma, con la intensidad y en las condiciones que la legislación urbanística y, por remisión de ella, dicho planeamiento determinan, habiendo de darse en todo caso cumplimiento al precepto constitucional) (art. 47.2), según el cual “la Comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

En conclusión, del vigente sistema normativo debe desprenderse claramente que el suelo no urbanizable se define de forma residual, por su destino, muy diferente del urbanístico, y debiendo subrayarse asimismo la nota de que carece de un mínimo contenido edificatorio, al estar preservado o excluido del proceso urbanizador y edificatorio.



### C) *Consideraciones críticas.*

La situación jurídica definida anteriormente, es claramente insatisfactoria y, a pesar de que es comúnmente admitida por la jurisprudencia y por la doctrina, muestra cierta debilidad en su fundamentación.

En primer lugar, en el propio sistema urbanístico, del que arranca la vigente regulación, no ha sido siempre así, pues la Ley del Suelo de 1956 preveía un coeficiente de edificabilidad mínima aplicable al suelo rústico (un metro cúbico/cinco metros cuadrados) en su art. 69, lo que ha sido señalado por la doctrina urbanística (Pareja í Lozano, Carles: Régimen del Suelo no urbanizable, págs. 57 y ss.) como una muestra de la existencia de un *ius aedificandi* en suelo no urbanizable, si bien se destacan los efectos negativos de tal consideración.

En segundo lugar, no está ni mucho menos fundamentado que sea posible disociar completamente las facultades edificatorias de la titularidad dominical. Al contrario, la función social de la propiedad puede debilitar éstas o incluso llegar a limitarlas o eliminarlas parcialmente (por ejemplo, art. 23 de la Ley de Costas de 1988, zona de servidumbre de protección; art. 25 de la Ley de Carreteras del Estado de 1988, línea de edificación; etc.), pero en todo caso los fundamentos constitucionales del derecho de propiedad no ponen en duda que, dentro de ese contenido esencial mínimo a que se refieren los arts. 33.2. y 53.1 de la Constitución, se encuentran naturalmente incluidas las facultades edificatorias, con todas las limitaciones necesarias que exija la satisfacción del interés general o su delimitación, en sentido negativo, por la función social de la propiedad (vid. Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, FFJJ. 2 y 4).

Por último, conviene destacar que desde el punto de vista metodológico y de instrumentación de las facultades propias de la relación dominical, tal y como viene siendo explicado por la doctrina del Tribunal Constitucional y por los autores especializados (De los Mozos, Lobato, Aragón, Montes, y otros muchos) es mucho más limpio sostener que las facultades de los propietarios de terrenos clasificados como suelo no urbanizable son distintas de aquellos otros titulares de terrenos clasificados

como urbano o urbanizable porque, igualmente, la función social de la propiedad obliga a delimitar el núcleo del contenido del derecho de propiedad de diferente forma, dado los intereses generales en juego y la acción de la Administración en la racionalización del proceso urbanizadorio.

Ello significa, desde un punto de vista práctico, que no existe gran diferencia con el arranque del sistema normativo vigente, pero que, sin embargo, desde un punto de vista de la construcción del derecho de propiedad, las consecuencias jurídicas son muy diferentes: en este último caso, los propietarios de terrenos no urbanizables naturalmente que tienen un derecho abstracto a edificar y construir de acuerdo con la Ley, si bien ésta al delimitar su contenido, de acuerdo con la función social de la propiedad, reduce al mínimo tal facultad edificatoria. En todo caso debe subrayarse que no existe esa disociación entre *ius aedificandi* y derecho de propiedad sino que aquél es constreñido o limitado en los términos que la propia Ley haya diseñado.

## 2. El régimen del suelo no urbanizable en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992

El Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de julio, parte –como no podía ser de otra manera, dada su naturaleza de legislación delegada– del esquema anteriormente reseñado, y sacraliza este modelo.

En síntesis, el régimen del suelo no urbanizable vendría dado por los siguientes aspectos:

- a. La afirmación de la no indemnizabilidad por la clasificación de los terrenos en esta categoría de suelo (art. 6).
- b. La inaplicabilidad de las técnicas de equidistribución a este tipo de suelo, en especial del aprovechamiento tipo o de los instrumentos de compensación o reparcelación (arts. 94 y ss.; 154 y concordantes).
- c. El señalamiento de un destino “natural”, que garantice su preservación del proceso de desarrollo urbano (arts. 15 y 16.2).

d. La distinción entre suelo no urbanizable “ordinario o residual” y suelo no urbanizable de especial protección, con la atribución a éste último de un régimen singular de protección que impida cualquier modificación o transformación de su destino, naturaleza o del propio medio físico (art. 17).

e. Establecimiento de un régimen de autorización de construcciones e instalaciones, considerado como un supuesto singular o especial, y constreñido únicamente al suelo no urbanizable de régimen común o residual (art. 16.3).

f. Vinculación de la división o segregación de los terrenos a la legislación agraria (art. 16.1).

g. Prohibición de parcelaciones urbanísticas (art. 16.2).

h. Sometimiento a los requisitos establecidos en el art. 37.2 del Texto Refundido para poder autorizar o inscribir en el Registro de la Propiedad, las escrituras de declaración de obra nueva sobre suelo no urbanizable (art. 16.4). Este último precepto no estaba expresamente recogido en la Ley 8/1990, sino que el Texto Refundido de 1992, de conformidad con la cláusula de delegación que le permitía “regular, aclarar, armonizar y refundir”, lo ha introducido ex novo.

### **3. Prohibiciones y limitaciones: las edificaciones y utilizaciones urbanísticas en suelo no urbanizable**

En este concreto aspecto, el Texto Refundido de 1992 no presenta grandes novedades sino que se limita a reproducir la regulación del viejo art. 85.3 de la Ley del Suelo de 1976, si bien establece un procedimiento básico para el otorgamiento de las autorizaciones excepcionales por la Comunidad Autónoma para construcciones en suelo no urbanizable, eliminando así la remisión que se hacía al art. 43.3. (aprobación de Planes Especiales) y dando el espaldarazo a los trámites que recogía el art. 44.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, que resultaba de aplicación.

No obstante, el art. 16.3 presenta una cierta novedad metodológica al aclarar, sin ningún género de dudas que de los cuatro supuestos en que “excepcionalmente” se per-

mite construir o edificar en suelo no urbanizable, sólo los dos últimos estarán sujetos a la obligación de obtener un doble título administrativo: la autorización del órgano autonómico previamente, y la posterior licencia de obras municipal. Los dos primeros supuestos, por su parte, sólo requieren de la previa licencia municipal de obras.

En este sentido, conviene recordar que el núm. 3 del art. 16 tiene carácter supletorio, con lo que puede ser inmediateamente desplazado por la legislación autonómica, cuando ésta se encargue de regular la presente materia. Y así ha sucedido en muchas ocasiones, como más adelante se verá.

Los supuestos de construcciones permitidas por la Ley del Suelo, en terrenos clasificados como suelo no urbanizable son, como se sabe, las siguientes:

a. Construcciones destinadas a explotaciones agrícolas o vinculadas a la utilización de la finca. Es decir, estas edificaciones requieren que se acredite su vinculación con el destino natural de dicha finca, vinculación que no tiene porque ser directa, sino que la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite que exista una conexión entre el uso de la instalación y el destino natural de la finca (viviendas de guardeses; cobertizos; viviendas del trabajador agrícola; etc.).

b. Construcciones e instalaciones vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas. En este caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene admitiendo una vinculación funcional directa entre la instalación que se pretende construir y la obra pública (por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1993, Azdi. 52: instalación de depuradora en suelo no urbanizable, en Soller, Mallorca).

Conviene resaltar, para este caso concreto, el giro que ha efectuado el Tribunal Supremo en su interpretación sobre las estaciones de servicio y gasolineras a emplazar en suelo no urbanizable. Primeramente, el Alto Tribunal entendía que se trataba de un supuesto que habría de reconducirse a una edificación o instalación de utilidad pública o interés social que hubieran de emplazarse necesariamente en el medio rural, con lo que se exigía el doble título administrativo, es decir, autorización excepcional de la Comunidad Autónoma y posterior licencia

municipal de obras (Sentencias, entre otras muchas, de 27 de enero de 1982 –Azdi. 363– y de 30 de abril de 1983 –Azdi. 2291–). Sin embargo, a partir de 1987 (Sentencia de 18 de enero de 1987 –Azdi. 425–) el Tribunal Supremo entiende que las instalaciones destinadas a estaciones de servicio de carburantes, implican una actividad de servicio a los usuarios de la carretera, que son los únicos que justifican la construcción de esta obra pública, por lo que la existencia de esa estación de servicio está directamente vinculada a la de la propia obra pública, y consiguientemente, ha de subsumirse en el supuesto de obras e instalaciones directamente vinculadas al entretenimiento, ejecución y servicio de una obra pública, y no al supuesto de obras de utilidad pública o interés social, por lo que únicamente es necesario la previa licencia de obras.

c. Edificaciones e instalaciones de utilidad pública que hayan de emplazarse en el medio rural. Aquí la casuística es extraordinariamente rica y proteica. Existen innumerables Sentencias del Tribunal Supremo que resuelven sobre el carácter de la utilidad pública o interés social, incluyéndose en este tipo de edificaciones e instalaciones desde construcciones de carácter asistencial, educativo, sanitario o turístico (sobre todo campings, Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1982 –Azdi. 363– y de 16 de julio de 1984 –Azdi. 4233–), hasta hipermercados (Sentencias de 13 de julio de 1984 –Azdi. 4675–, de 25 de febrero de 1985 –Azdi. 2642–, o de 4 de diciembre de 1991 –Azdi. 9395–).

La tesis del Tribunal Supremo es que la declaración de interés social o utilidad pública no requiere un expediente distinto ni un procedimiento al margen de la propia autorización a otorgar por la Comunidad Autónoma, sino que ésta al resolver sobre la procedencia de la autorización igualmente adopta su criterio sobre si la instalación reviste o no el carácter de utilidad pública o interés social. Además, si bien estos conceptos normativos son extraordinariamente indeterminados, y consiguientemente, fiscalizables por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, sin embargo una mera motivación de cuáles son los intereses en juego que deben ser satisfechos por las instalaciones o construcciones a ejecutar, bastan para declarar procedente tal autorización y, en consecuencia, su legalidad.

Por lo que se refiere al emplazamiento en el medio rural, este criterio es objeto de una mayor fiscalización por parte de los Tribunales de justicia, que utilizan una pauta hermenéutica restrictiva y no dudan en anular autorizaciones cuando la instalación es perfectamente ubicable en otro tipo de suelos, o son manifestaciones de actividades ordinariamente urbanas: así por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1992, Azdi. 2239, rechaza la construcción en suelo no urbanizable de un edificio polivalente destinado a representar obras de teatro en Alcudia (Balears), por entender que se trata de una manifestación típica de una actividad recreativa urbana que no se justifica su emplazamiento en el medio rural; igual suerte corre la autorización de una discoteca en la Manga del Mar Menor (Murcia), cuya autorización fue anulada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de febrero de 1988, Azdi. 1509, o finalmente, la construcción de una colonia de *bungalows* en Boecillo (Valladolid), anulada también por Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1989, Azdi. 425. Tampoco admite el Alto Tribunal la construcción en suelo no urbanizable de un Centro para la Investigación de reparación de vehículos en Pedrola (Zaragoza), Sentencia de 21 de junio de 1993, Azdi. 5025; ni la construcción de un camping en Valdáliga (Cantabria), Sentencia de 31 de mayo de 1993, Azdi. 3592; ni finalmente la ampliación de los servicios e instalaciones hoteleras en Getafe (Madrid), Sentencia de 19 de octubre de 1993, Azdi. 7369).

d. Edificios aislados destinados a vivienda familiar. En este caso lo más relevante para permitir tal construcción es que se garantice que no existe la posibilidad de formación de núcleo de población. Las decisiones jurisprudenciales que han recaído en este concreto aspecto son tan numerosas y tan distintas que relevan de cualquier cita puntual. No obstante, se puede entresacar de la línea jurisprudencial analizada que, en gran medida, estos litigios se reducen a un problema de prueba, es decir, de acreditar que no hay zonas consolidadas por la edificación, o bien que son perfectamente compatibles tales viviendas con la consideración del suelo no urbanizable como de especial protección.

#### 4. La legislación autonómica reguladora del suelo no urbanizable

En líneas generales, se puede sostener que la legislación autonómica dictada hasta la fecha que regula la utilización del suelo no urbanizable, coincide tanto con el planteamiento como con el propio régimen jurídico previsto en la Ley estatal. Se trata pues de pequeñas modificaciones o adaptaciones de la legislación estatal a cada situación concreta en las diferentes Comunidades Autónomas.

Puede, sin embargo, distinguirse varias líneas que se reproducen en la legislación autonómica y que tienen como objeto de regulación los siguientes supuestos:

- a. La definición de núcleo de población, a efectos de determinar en qué casos puede autorizarse la construcción de una vivienda familiar aislada.

El ejemplo más representativo lo constituye la Ley 11/1985, de 22 de agosto, del Parlamento de Galicia, de adaptación de la Ley del Suelo a Galicia, que en su art. 12.3 distingue entre núcleos urbanos y núcleos rurales, permitiendo asimismo que estos últimos puedan tener la consideración de suelo no urbanizable sin perjuicio de su posible transformación en urbano, si se cumple un determinado porcentaje de licencia de edificación (art. 17 de la Ley).

Igualmente, la Ley 9/1981, de 18 de noviembre, del Parlamento Catalán, incluye normas sobre la definición del núcleo de población (art. 20.2), y la Ley 51/1987, de 7 de abril, de la Comunidad Autónoma de Canarias, sobre Ordenación Urbanística del Suelo Rústico de Canarias, que establece como categoría propia de dicho suelo la de los asentamientos rurales, más o menos dispersos, directamente vinculados a actividades agrícolas, forestales, ganaderas, mineras o hidrológicas y cuyas características no justifiquen su tratamiento como suelo urbano (art. 80.e).

En conclusión, esta primera línea de legislación autonómica pretende definir el concepto de núcleo de población para establecer un régimen jurídico peculiar, en su caso, que carece de tratamiento en la Ley estatal, y de otra parte sirve para garantizar la imposibilidad de creación de núcleos de población en suelo no urbanizable.

b. Normas más restrictivas en la actividad edificatoria en suelo no urbanizable.

En este caso, debe citarse sobre todo, la Ley 4/1984, de 10 de febrero, de la Comunidad de Madrid, sobre Medidas de Disciplina Urbanística, cuyo art. 15 prevé un régimen de construcciones en suelo no urbanizable, en el que sólo se pueden autorizar las construcciones destinadas a explotaciones agrícolas o pecuarias, adecuadas a la naturaleza y destino de la finca y ajustadas a la normativa agraria. Excepcionalmente, se podrá autorizar también la construcción de edificios aislados destinados a vivienda familiar que sean necesarios para las explotaciones agrícolas y queden vinculados a las mismas, siempre que no exista la posibilidad de formación de un núcleo de población. Por último, las construcciones e instalaciones vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas, así como las edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en el medio rural, se remite su regulación a lo establecido en la Ley del Suelo.

En síntesis, en la Ley comentada desaparece la posibilidad de construir edificios aislados destinados a vivienda familiar, autorizándose únicamente cuando sean necesarios para las explotaciones agrícolas, y en estos casos, con autorización de la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid, cuyo informe favorable de la Consejería de Agricultura y Ganadería e informe del Ayuntamiento correspondiente.

Asimismo, debe ser citada en este apartado la Ley 5/1987, de 7 de abril, del Parlamento de Canarias, sobre Ordenación Urbanística del Suelo Rústico, cuyo art. 9.2 establece un catálogo muy completo de construcciones e instalaciones que pueden ubicarse en los distintos tipos de suelo rústico, según su naturaleza, uso y destino, siempre que sean autorizadas mediante un procedimiento bastante complejo, con intervención del Director General de Urbanismo, información pública, informe de los Ayuntamientos y Consejerías correspondientes y aprobación definitiva por dicho Director General.

c. Una tendencia a regular el suelo no urbanizable con previsión de aprovechamientos industriales o urbanos sobre los terrenos así clasificados.



Ejemplo de ello lo constituyen las Leyes 2/1991, de 11 de marzo, del Principado de Asturias, sobre Reservas de Suelo y Actuaciones Prioritarias, y la 4/1992, de 24 de marzo, de Cantabria, de Constitución y Reservas Regionales de Suelo y otras Actuaciones Urbanísticas Prioritarias. En ambos casos, se prevé un desarrollo urbanístico del suelo no urbanizable, al margen del sistema ordinario regulado en la Ley estatal, que será objeto más adelante de un comentario más extenso.

#### d. Regulación específica del suelo no urbanizable.

Los ejemplos más sobresalientes, lo constituyen la Ley 4/1992, de 5 de junio, de las Cortes Valencianas, sobre Suelo no Urbanizable, y la Ley 9/1994, de 29 de septiembre, de la Asamblea Regional de Cantabria, sobre usos del suelo en el medio rural. En aquella norma se establece una exhaustiva regulación de los distintos tipos de suelo no urbanizable, de los derechos y deberes de los propietarios, de los usos, actividades y aprovechamientos permitidos, autorizables y prohibidos y, en general, todo un acabado entramado ordenador del régimen jurídico de este tipo de suelo. Tiene un mayor valor la Ley citada por cuanto que se trata de completar el régimen específico del suelo no urbanizable previsto sólo básicamente en la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones de Suelo, de la que se declara expresamente deudora y derivada.

En esta norma, se distinguen los deberes de los propietarios y las facultades que ostentan, entre las que se encuentran la realización de obras y construcciones previstas en la Ley. Sintéticamente, éstas se reducen a las obras, instalaciones y servicios públicos a ejecutar en suelo no urbanizable común; al lado de ellas, existen además construcciones que pueden ser autorizadas siempre que se destinen a vivienda aislada y familiar que no contribuya a la formación de núcleo urbano, almacén vinculado a actividades agrícolas, ganaderas o forestales, instalaciones precisas para las explotaciones agrícolas y ganaderas, forestales o cinegéticas, tales como invernaderos, viveros, granjas y similares, explotación de canteras o extracción de áridos o tierras, y actividades de servicios vinculadas funcionalmente a las carreteras, como las de suministro de carburante (art. 8).

Estas instalaciones y edificaciones se autorizarán por la Consejería de Ordenación del Territorio y Urbanismo, en los casos en que el Municipio tenga una población inferior a 50.000 habitantes, o por los Ayuntamientos en el otro caso, pudiendo subsumirse dicha autorización dentro de la licencia de obras (art. 8.1, 3º párrafo).

Por último, existe la posibilidad de autorizar asimismo en este suelo no urbanizable la ejecución y construcción de instalaciones destinadas a actividades sujetas a “previa declaración de su interés comunitario” (actividades industriales o productivas, actividades de minas, actividades turísticas recreativas, deportivas de ocio y esparcimiento, y actividades terciarias). En este supuesto se requiere para su aprobación el pago de un canon urbanístico, o de aprovechamiento urbanístico, en su caso, la aprobación de un Plan Especial, declaración de impacto ambiental y aprobación por la Consejería correspondiente.

Por su parte, la Ley 9/1994, de 29 de septiembre, de Cantabria, sobre usos del suelo en el medio rural, incluye una definición del suelo no urbanizable (art. 1), en desarrollo de las previsiones del Texto Refundido estatal, y su especificación en categorías: suelo no urbanizable de especial protección, de interés agrario o paisajístico, de protección de la costa, no edificable por riesgos, de protección de las infraestructuras, de núcleo rural, y de suelo no urbanizable genérico (art. 2)

Se regulan, asimismo, de forma pormenorizada los distintos usos que pueden implantarse en cada una de las categorías de suelo no urbanizable (arts. 4 a 7), así como el régimen jurídico singular del suelo no urbanizable de núcleos rurales (arts. 8 a 11) y sus posibilidades de edificación.

Finalmente, la Ley recoge una regla sobre procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones por la Comunidad Autónoma de edificación, previa a la licencia municipal, y determina los órganos competentes para su resolución (arts. 12 a 15). Concluye con unas normas que flexibilizan el cambio de clasificación del suelo no urbanizable genérico y permite su incorporación al proceso de urbanización (art. 16).

## 5. Las reservas de terrenos clasificados como suelo no urbanizable y su incorporación al Patrimonio Municipal del Suelo

El Texto Refundido de 1992, y ya antes la Ley 8/1990, habían recogido la posibilidad de que ese suelo no urbanizable pudiera integrarse en el proceso urbanizador o edificatorio, al margen del procedimiento ordinario de modificación del Plan General, a través del establecimiento de reservas de terrenos con la finalidad de su adquisición para la constitución o ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo (art. 278 Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992).

Esto supone una cierta quiebra del homogéneo y coherente modelo instaurado por el Texto Refundido, dado que con ello se demuestra que un terreno clasificado como suelo no urbanizable puede tener desde luego un cierto componente edificatorio e incluso integrarse en el proceso urbanizador.

Bien es verdad que aquí se puede sostener que esta técnica concreta no es más que un instrumento para intervenir en el mercado inmobiliario, con el fin de obtener unos terrenos a un precio más bajo (valor inicial), e incorporarlos así al proceso urbanizador y edificatorio, lo que repercutirá en su valoración final y por ende en el precio de la vivienda. A pesar de ello, esta técnica demuestra que no es en absoluto satisfactorio sostener que las facultades edificatorias y urbanizadoras son algo ajeno al contenido del derecho de propiedad, y que lo atribuye graciosamente el planeamiento sino que, por el contrario, con esto se demuestra que es la función social de este derecho lo que delimita su contenido, permitiendo en ocasiones un haz de facultades mayor que para otros bienes de similares características.

La técnica de la reserva de terrenos para constitución o ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo exige que se delimiten previamente las áreas reservadas, lo que debe efectuarse en el propio Plan o Programa de Actuación de éste. En ausencia de tales determinaciones, el Ayuntamiento podrá utilizar el procedimiento de delimitación de unidades de ejecución para conseguir este mismo objetivo (art. 278.2). Tal delimitación de la reserva supone la declaración de utilidad pública a los efectos expropia-

torios, es decir, para la obtención por expropiación de dichos terrenos.

La valoración de éstos viene claramente fijada en el art. 48.1 del Texto Refundido, que los tasa por el valor inicial.

La Ley a su vez establece una regla especial para incorporarse estos terrenos (suelo no urbanizable) al proceso urbanizador, mediante la posibilidad de que el Ayuntamiento al revisar el Programa de Actuación del Plan General (revisión cuatrienal) pueda clasificarlos como suelo urbanizable no programado, sin que sea necesario, en consecuencia, seguir el procedimiento de modificación del Plan General.

## 6. Las nuevas tendencias de utilización del suelo no urbanizable

### A) *Las actuaciones prioritarias en suelo no urbanizable.*

En los últimos años se viene observando, con cierta preocupación, que las Comunidades Autónomas (sobre todo las del norte de España) han diseñado un esquema de utilización del suelo no urbanizable muy diferente al previsto en la Ley del Suelo estatal.

La explicación debe encontrarse, probablemente, en un doble motivo: de una parte, la situación económica de declive, bien patente en toda la cornisa cantábrica, que obliga a los gobernantes de estas Comunidades Autónomas a incentivar y fomentar la creación de industrias y actividades que reduzcan el desempleo y generen crecimiento económico para su territorio; de otra parte, la dificultad existente en el ordenamiento vigente para modificar la clasificación del suelo con la rapidez y flexibilidad que requiere la captación de inversiones privadas destinadas a la creación de industrias o actividades económicas.

En efecto, la rigidez de los distintos tipos de suelo y el régimen jurídico tan diferente para unos y otros en nuestro ordenamiento jurídico, y la lentísima tramitación de cualquier expediente de modificación del planeamiento general –a fin de alterar la clasificación del suelo, por ejem-

plo- son argumentos bastante convincentes para impedir la captación de tales inversiones privadas, sobre todo cuando no se puede garantizar que ese proceso urbanizador y edificatorio se inicie inmediatamente, sino que resulta necesario convencer a los agentes privados que deben tener paciencia y esperar hasta la finalización del proceso de modificación del planeamiento.

Finalmente, la inexistencia de suelo industrial en ocasiones encarece aún más el coste de la inversión y de la ejecución de la actividad económica o industrial, dado que el propio carácter especulativo de un bien escaso supone una tendencia clarísima al alza de los precios de dicho suelo. Tendencias que en cambio no tienen que soportarse en el caso de que estemos en presencia de suelo no urbanizable, dado que su destino es justamente el estar excluido del proceso urbanizador.

Por último, la aparición de nuevas actividades económicas y turísticas, con un notable componente medioambiental y recreativo, obligan a flexibilizar el régimen de prohibiciones del suelo no urbanizable, dado que muchas de estas actividades no podrán efectuarse en los tradicionales suelos urbanos o urbanizables programado. A título de ejemplo, el turismo rural, las actividades turísticas de montaña o asociadas con el disfrute del medio ambiente y del paisaje, etc., cada vez con una mayor importancia económica en nuestro sector turístico, ponen de manifiesto que la rígida clasificación del suelo en urbano, urbanizable y no urbanizable no responde hoy probablemente a los criterios económicos y de explotación del suelo necesarios para el desarrollo de la economía del país.

Las citadas Leyes de Asturias 2/1991, de 11 de marzo, y de Cantabria, 4/1992, de 24 de marzo, sobre Reservas de Suelo y Actuaciones Urbanísticas Prioritarias, son un intento de resolver esta difícil cuestión. En ambos casos, se permite utilizar el suelo no urbanizable, previa declaración de actuación prioritaria, para fines urbanísticos de relevancia e interés de la Comunidad Autónoma, tales como residencial, áreas industriales, equipamientos u otros fines de interés social.

Para ello, únicamente se necesita la previa declaración de actuación prioritaria por el Consejo de Gobierno, y la

aprobación de un Plan Parcial o un Plan Especial que establezca la ordenación detallada de la zona declarada de actuación prioritaria. Tales Planes se tramitan de acuerdo con la Ley del Suelo, si bien con reducción de los plazos a la mitad.

Sin perjuicio del acierto de este tipo de normas que complementen e incentiven la actividad económica e industrial generadora de riqueza para la correspondiente Comunidad Autónoma, es necesario destacar la incoherencia que representa esta solución desde la óptica del planeamiento urbanístico.

Estos Planes Especiales o Parciales a que se refieren las Leyes citadas, van a modificar el modelo territorial diseñado en el correspondiente Plan General, aunque ciertamente no son ilegales pues encuentran en la Ley su cobertura jurídica que les permite tal cosa. Ahora bien, no puede dejarse en silencio que desde la perspectiva de la planificación territorial, es decir, de la ordenación integral del territorio, una solución como la apuntada en las Leyes comentadas aniquila el sistema de planeamiento previsto en la Ley pero, sobre todo, produce graves disfunciones y perturbaciones sobre la estructura general y orgánica y sobre el modelo territorial elegido.

No hace falta ser un experto para darse cuenta de que las previsiones contenidas en el Plan General, tanto sociológicas, demográficas o económicas, como incluso los distintos estándares, equipamientos y servicios a la comunidad, amén de los sistemas generales, pueden ser desbaratados si las nuevas planificaciones parciales o especiales de las actuaciones prioritarias contienen un objetivo y finalidades no recogidos previamente en el planeamiento general.

Si realmente se trata de un supuesto en el que es necesario modificar la clasificación del suelo, y en donde la rapidez con la que este procedimiento se culmine es clave para captar las inversiones privadas, lo que debería hacerse es diseñar un nuevo modelo de sistema de planeamiento, lejos del abigarrado y complicado procedimiento de aprobación previsto hoy en la Ley del Suelo, sin que ello tenga necesariamente que repercutir en la coherencia del sistema de planificación de cada Municipio.

## B) *La desregulación del suelo.*

En los últimos tiempos venimos asistiendo a declaraciones de determinados sectores económicos o políticos que abogan, para salir de la crisis de la construcción y carestía de la vivienda, por eliminar todas las rigideces previstas en la Ley del Suelo y, consecuentemente, hacer desaparecer las distintas clasificaciones del suelo, los usos allí previstos, etc., todo lo cual conduce a afirmar que también en suelo no urbanizable es posible perfectamente la urbanización y edificación, pues el único coste debería ser el económico y, por tanto, en la medida en que la iniciativa privada pudiera sufragarlo no debería existir ningún obstáculo para su ejecución.

Pues bien, estas afirmaciones –producto de la filosofía política y del espíritu económico que nos embarga en los tiempos actuales– son difícilmente compatibles y asimilables en un sector como el urbanísticos, con un mercado rígido y con un derecho constitucional que es necesario proteger, cual es el acceso a una vivienda digna y adecuada (art. 47 de la Constitución).

Si la desregulación, es decir, la eliminación de procedimientos, requisitos y la dejación al mercado del establecimiento de las reglas de juego, es posible y deseable en determinados ámbitos económicos, con el fin de lograr un sistema de competencia que haga mucho más eficaz el sistema productivo y más económico y barato los bienes que así surjan, es necesario señalar que tal técnica no es posible de ninguna manera extenderla a ámbitos en donde los derechos fundamentales puedan resultar cercenados o debilitados, y en donde los sectores de la población económicamente más desprotegidos serán quienes sufran las consecuencias de tan implacable sistema.

Bien es verdad que la regulación existente en la Ley del Suelo no resuelve con la eficacia y flexibilidad necesaria en los actuales momentos las exigencias y satisfacción del interés público, pero no hay que olvidar que todo el proceso urbanizador y edificatorio exige cuantiosas inversiones, elección de un modelo territorial, todo lo cual no lo puede hacer únicamente el mercado, sino que la única garantía de su racionalización y de que este sistema va a cubrir las necesidades de todos los sectores sociales, se encuentra en el hecho de que es a la Administración a

quien corresponde dirigir y controlar tal proceso de urbanización.


En este sentido, conviene resaltar las recomendaciones efectuadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Informe sobre los "Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios", 1994, que, refiriéndose a la competencia en el mercado del suelo urbano, sostiene que debe cambiarse la óptica actual, en el sentido de que han de definirse las zonas del territorio consideradas como suelos no urbanizables, en función de un plan de prioridades públicas, de acuerdo con valores medioambientales, paisajísticos y ecológicos, mientras que el resto del territorio debe ser, en principio, urbanizable (pags. 203-204).

En contraposición a lo anterior, la Comisión de Expertos sobre Urbanismo, ha emitido un aquilatado documento que debe servir de reflexión sobre las cuestiones básicas que se plantean actualmente en el ámbito del urbanismo –su segundo Borrador de Recomendaciones de avance normativo y políticas de suelo, 10 de octubre de 1994–, y donde se abordan algunas de las cuestiones que se han apuntado aquí, recomendando la simplificación de la regulación de la actividad urbanizadora sin merma de la capacidad del control social del espacio colectivo, a través del planeamiento y de la normativa urbanística. En este sentido, se estudian distintas medidas para flexibilizar el sistema de planeamiento, que van desde la tramitación conjunta del planeamiento de desarrollo y de los restantes instrumentos necesarios para su ejecución, hasta la necesidad de encontrar mecanismos que faculten razonablemente el cambio de clasificación y calificación del suelo.

Asimismo, este documento tan relevante apuesta por la simplificación del sistema de clasificación del suelo, concretándose tal medida en la necesidad de unificar el régimen de las zonas urbanizables (en realidad, desaparición de los Programas de Actuación Urbanística, como paso previo intermedio), y la homogeneización del régimen del suelo urbanizable y del suelo urbano no urbanizado, a través de la equiparación de los sistemas de ejecución, costes de urbanización, estándares y participación pública en las plusvalías.



Por último, debe destacarse que el referido documento insiste en la necesidad de establecer mecanismos que permitan a los particulares emprender iniciativas de urbanización de los suelos urbanos que no estén urbanizados y de los urbanizables, siempre que se cumplan los requisitos de racionalidad económica y de calidad urbana determinados en la Ley y en el planeamiento.

En realidad, la Comisión de Expertos se decanta por apurar el vigente sistema normativo, y no por su desaparición y sustitución. 

Pablo  
González  
Mariñas

Profesor titular de  
dereito administrativo.  
Universidade de  
Santiago de Compostela

# Centralización e descentralización no pensamento de Manuel Colmeiro

## I.

### **Introducción**

É notorio que D. Manuel Colmeiro non foi só un eximio xurista, senón tamén historiador e economista político e que, dentro do dereito, tampouco limitou a súa obra ó estricto campo administrativo, aínda que sexa esta vertente da súa ciencia a que neste simposio consideramos de maneira preferente. A vastidade da súa obra, o seu carácter pluridisciplinar, o sistemático enlace entre teoría e práctica, a combinación entre dereito administrativo e ciencia da Administración, e en fin a trabazón global e interrelacionada de todo o seu pensamento converte en tarefa nada fácil a de esgazar un sector, unha parte do mesmo e valorala axeitadamente desde a perspectiva de hoxe en día.

Por outra banda, o dilatado tempo que abrangue a súa produción científica, medio século –tense dito– de pensamento xurídico público español, provoca unha fértil evolución das súas teorías e posicionamentos, que se enriquecen e modulan ó compás dos cambios sociais, políticos e legislativos do convulso período histórico que lle tocou vivir. A España de 1845, cando publica Colmeiro o seu *Tratado de Economía Política Ecléctica*, é obviamente moi distinta da que contempla a aparición das últimas edicións dos seus *Elementos del Derecho Político y Administrativo de España*. E en canto ó réxime local as diferencias son sen dúbida moi acusadas. Aínda dentro dun innegable e constante fondo centralista, pouco ten que ve-la visión antimunicipalista que revela a Constitución de 1845 co ambiente doutrinal de fin de século, coa súa dura crítica á centralización que seguía levando consigo a lexislación local da Restauración, ambiente que revelan por exemplo os escritos dun conservador como Sánchez de Toca ou os aínda máis aceirados de Gumersindo de Azcarate<sup>1</sup> ou Elías Romera, que desenvolvería máis tarde Adolfo Posada<sup>2</sup>. Nada diso podía pasarlle desapercibido a Colmeiro e a súa obra, loxicamente, non se libra do peso do “logos da época”.

Todo isto, sen embargo, non me exime de tentar, aínda que sexa con tan difíciles condicionamentos, avanzar no tema proposto: centralización e descentralización no pensamento de Manuel Colmeiro.

Ó acoutar esta temática, son consciente de que, aínda sendo unha parte, constitúe sen embargo un tema cardinal no pensamento de calquera publicista do século XIX e aínda de hoxe en día. E quero palia-los riscos de descontextualización lembrando as afirmacións iniciais do seu *Derecho Administrativo*: que “la libertad de moverse dentro de ciertos límites”; que “toda sociedad política debe abrigar una existencia individual bajo su forma colectiva”; que hai que “levantar el régimen de la libertad política sobre los eternos cimientos de la liberad individual”; e, en definitiva que “a la autoridad social corresponde mantener el equilibrio entre las fuerzas individuales que pugnan por adquirir una independencia anárquica y las fuerzas sociales que propenden a una concentración despótica. Este pacto de alianza –conclúe– entre el orden y la libertad es el arduo problema de los políticos y la

<sup>1</sup> *El self-government y la monarquía doctrinaria*, Madrid, 1877.

<sup>2</sup> Cfr. TUSELL GÓMEZ - CHACÓN ORTIZ, “La reforma de la Administración Local en España (1900 - 1936)”, IBA, Madrid, 1973, p. 35-36.

tierra de promisión que los pueblos vislumbran como término al nebuloso horizonte de nuestro siglo".<sup>3</sup>

Pois ben, esta proposta de fondo sentido humanista e de equilibrio entre liberdade individual e social, proyéctase tamén con toda a súa forza cando Colmeiro aborda a relación entre os poderes centrais e locais. A resultante da tensión dialéctica entre centralización e descentralización, a pesar da evolución dos últimos anos cara a unha maior sensibilidade local, que creo ter constatado, non se vai afastar en ningún caso da busca dun prudente equilibrio conciliador de liberdades.

Pola súa parte, o outro condicionante (o longuísimoo lapso histórico en que produce a súa obra) obriga por forza a unha visión evolutiva do seu pensamento. Sobre o texto inicial común, Colmeiro vai introducindo significativas adicións, novos parágrafos expresivos de novas preocupacións e matices. E neste sentido a difícil cuestión da centralización é, como se verá, probablemente paradigmática.

Todo iso obrígame a unhas precisións iniciais sobre o contexto temporal e ideolóxico en que Colmeiro comeza e desenvolve a súa obra sobre esta crucial dialéctica centralización-descentralización.

## II.

### Contexto temporal e ideolóxico: precisiones previas

#### 1. A centralización, instrumento na construcción da unidade nacional

"El Estado moderno continental es hijo de la centralización. Teniendo como ideal y modelo el Estado unitario clásico, a partir de la Edad Media, la Monarquía constituye un centro de atracción y de unificación que, siguiendo un proceso ininterrumpido, va fraguando los modernos Estados por una constante acción centralizadora... La obra de la Monarquía absoluta es la centralización política, simbolizada en la famosa frase de Luis XIV 'el Estado soy yo'; su medio más decisivo, la concentración del poder físico, de la coacción, simbolizada en el arranque del Cardenal Cisneros: 'Esas son mis ra-

<sup>3</sup> COLMEIRO, M., *Derecho administrativo español. Madrid y Santiago; Valparaiso y Lima*, 2ª edición, 1858, T.I, p. 5.

zóns'. No fue posible llana ni dejó de levantar resistencias considerables la acción centralizadora, pero, a diferencia de lo ocurrido en Inglaterra, en el continente fueron siempre vencidas.

La centralización administrativa se inicia cuando la política ha vencido ya, pero no llega a consumarse sino en el nuevo régimen abierto por la revolución francesa. Aprovechando ocasiones oportunas, van desapareciendo los privilegios y fueros, para ser sustituidos por reglas más uniformes; afirman los Monarcas su derecho a intervenir y, luego, a nombrar funcionarios y hasta vender oficios de la Administración local; surgen, junto a las antiguas magistraturas honoríficas, funcionarios servidores de la Corona, que son los que verdaderamente tramitan los asuntos, fiscalizan y actúan en todas las corporaciones y resuelven e informan sobre los más insignificantes negocios y nombramientos. El Estado constitucional ultima la obra borrando todas las diferencias de clase o profesión, suprimiendo los cuadros corporativos, estableciendo una división sin bases históricas, afirmando que la soberanía es una e indivisible, y perteneciente a la Nación, organizando los funcionarios sobre la base jerárquica y haciendo de la Administración, así centralizada, el poder principal dentro del Estado".

Estas palabras de Jordana de Pozas, escritas en 1924<sup>4</sup>, sintetizan admirablemente a secuencia lóxica e histórica da centralización e a súa transcendencia na construción do Estado moderno. Como é sabido, en España, cos Austrias, subsisten moitos particularismos de textura medieval e existe certa conciencia de monarquía federal en simple "unión persoal"<sup>5</sup>. Pero as cousas cambian radicalmente coa entronización dos Borbóns. O absolutismo borbónico tende xa abertamente ó "uniformismo centralista", que se converterá a fins do século XVIII en "razón revolucionaria e napoleónica".<sup>6</sup>

Este *leitmotif* último da centralización, como instrumento ou proceso de construción do Estado nacional, contribúe a confundi-las cousas cando á altura dos nosos tempos se trata de xulgar ou valorar, con ollos de administrativista, a posición centralizadora ou descentralizadora de autores que escribiron hai século e medio e o fixeron inmersos nun contexto onde o político, aquela construción e consolidación do Estado nacional, ten aínda tal forza de impregnación das consciencias que impide disquisicións xurídicas menores e esquece o valor -ro-

<sup>4</sup> JORDANA DE POZAS, L., *Derecho Administrativo*, T.II, Biblioteca Jurídica de la Escuela Politécnica Matritense, Madrid, 1924, p. 221.

<sup>5</sup> CARBALLO CALERO, R., "Feixó e a razón borbónica", *Grial*, outubro-dецembro 1969, p. 415.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

mántico dise- da diversidade e os particularismos. Un contexto, ademais, próximo aínda á Revolución que, afirmándose na centralización, combatía as liberdades locais xustamente como medio de defende-las liberdades individuais que proclamara e enfatizara.

Non ter en conta estes dous presupostos conduciría a graves erros de xuízo sobre a posición de Manuel Colmeiro en torno a este conflictivo binomio centralización-descentralización, risco sen dúbida xeneralizable a outras moitas das súas opinións.<sup>7</sup>

## 2. O binomio centralización-autoridade, descentralización-liberdade

Comezando pola segunda das cuestións apuntadas, está claro que, co tempo, se foi consolidando o tópico, utilizado ademais polos nosos clásicos e o propio Colmeiro como punto de partida das súas consideracións, de que a centralización favorece a autoridade en tanto que a descentralización favorece a liberdade. E sen dúbida os azarosos acontecementos do XIX español van nutrir, andando o tempo, de base real tal automatismo. Sen embargo, isto non ocorre na primeira metade do século.

Non descubro nada novo ó lembrar –Ariño fíxoo valentemente en 1972– o paradoxo “de que os procesos de centralización estivesen inspirados en España polos liberais progresistas que ó mesmo tempo que propugnaban a elección dos alcaldes, abolían as vellas liberdades locais: naturalmente, estas liberdades locais non eran –di Ariño– senón a pantalla de oligarquía e caciquismos”<sup>8</sup>. No meu traballo sobre as deputacións provinciais en Galicia, no tránsito do Antigo Réxime ó constitucionalismo, tiven ocasión de insistir nesta idea. Os xuízos negativos que hoxe se poden facer destas corporacións non son trasladables ás súas orixes. Resultaría pueril e historicamente inexacto identifica-lo espírito centralizador que sen dúbida supoñía a súa implantación con tiranía opresiva antiliberal nos momentos do noso primeiro constitucionalismo. Xustamente foi todo o contrario. Foron os liberais progresistas os que as defenderon con máis ardor fronte ás reticencias dos pobos, dominados aínda polas estruturas de poder do Antigo Réxime; reticencias, polo tanto, non das clases populares, senón dos vellos concellos, que

<sup>7</sup> Sobre este punto, *vid.* RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, J., “Manuel Colmeiro: un ilustre administrativista gallego”. *REGAP*, 1994, p. 84.

<sup>8</sup> ARIÑO ORTIZ, G., *Descentralización y planificación*, IEAL, Madrid, 1972, p. 23.

vían nas deputacións un perigoso e eficaz instrumento de racionalización uniformadora e ablatoria de antigas exencións e privilexios. En definitiva, un poderoso medio de defensa das liberdades individuais fronte ás oligárquicas liberdades locais<sup>9</sup>. Sen esta referencia de contexto, poderían interpretarse equivocadamente os eloxios á centralización tan frecuentes na primeira metade do XIX e que veremos tamén en Colmeiro.

### 3. A centralización, concepto e plurívoco

E esta mesma advertencia debe xogar respecto do peso da centralización en canto factor de integración, de unidade do Estado, que tan emotivos escritos xeraría na primeira metade do XIX en Francia e en España e que tamén afecta, aínda que en menor medida, ós escritos de Colmeiro.

Digo isto porque tal circunstancia ou fervor de índole política produce confusións e equívocos á luz dos decantados conceptos xurídicos e organizativos actuais.

En efecto, nas súas orixes a centralización semella o que na xerxa actual acostumamos chamar un “concepto *omnibus*”. Parece que nel coubese un pouco de todo, en arbitraria confusión dos planos político, administrativo, normativo e ata económico. O profesor Ariño documentou minuciosamente esta inicial confusión conceptual con precisas referencias ás obras de Aucoc, Vivien, Cormenin, Florent-Lefebvre, Tocqueville ou, entre nós, de Lista, Oliván, Ortiz de Zúñiga ou Silvela. E ata o primeiro Colmeiro, aínda dentro do seu maior rigor técnico, non se libra do xeneralizado equívoco que leva consigo a confusión nos planos político e administrativo ó tratar da centralización.

A clave está, sen dúbida, na obsesión pola consolidación da unidade nacional. Non se está a falar, en realidade, nesta época de centralización administrativa; “o que os nosos clásicos propugnan –di Ariño– cando falan de centralización é a necesaria unidade política, aínda non conseguida”<sup>10</sup>. Xa Jordana de Pozas<sup>11</sup> e García-Trevijano resaltaran este dato, insistindo este último na diferente contraposición conceptual que se produce antes e despois de conseguida a unidade do Estado:

<sup>9</sup> GONZÁLEZ MARIÑAS, P., *Las diputaciones provinciales en Galicia: del Antiguo Régimen al Constitucionalismo*, A Coruña, 1978, p. 177 e ss.

<sup>10</sup> Cit., *Descentralización...*, p. 37.

<sup>11</sup> “Esta palabra (centralización) recibe corrientemente y en la Ciencia dos sentidos diferentes. Se bien implica el proceso en virtud del cual se llega al Estado Nacional e hasta a la fuerza estrictamente indispensable para que se mantenga a unidade del mismo, o bien se aplica a un réxime por el cual la personalidad pública o se arroja un gran predominio sobre aquellas la existencia de las cuales consiente”. En *Derecho...*, p. 220.

“...La lucha durante el Antiguo Régimen se estableció entre la «excentralización», es decir, la desintegración del poder en una serie de centros autónomos (villas, ciudades, gremios y comunidades, señoríos, etcétera) y la necesidad de construir el Estado, como único centro soberano (centralización del poder); una vez conseguido esto (lo cual es obra de la Revolución), la lucha se plantea entre centralización y descentralización administrativa (esto es, de competencias y servicios públicos), con un sentido totalmente diferente, pues exige la idea previa de orden unitario estatal total”.<sup>12</sup>

A idea estaba xa expresada fielmente por Colmeiro en 1850. Tras afirmar que a centralización, sendo un ben, pode ás veces non convirle a un pobo, as circunstancias do cal repelan temporalmente a aplicación dun réxime uniforme á Administración do Estado, di:

“Entonces debe la Administración empezar por introducir la unidad, y sobre esta base establecer la centralización (...), porque no es la centralización quien conduce a la unidad, sino ésta quien nos guía hacia aquella. La unidad se funda en vínculos morales, mas toda centralización ficticia solo existe por la fuerza”.

Este é, aínda, o ambiente intelectual de loita pola consolidación da unidade do Estado en que escribe o primeiro Colmeiro que, máis adiante, irá introducindo moi atinadas precisións sobre o concepto de centralización, a súa contraposición á descentralización e as súas respectivas virtudes. Desface-los tópicos de confusión que quedan expostos axudará a situar mellor o seu pensamento. Coido, ademais, que a metodoloxía sería grata para el, que non en van inducía a separa-la codia cando se fala de historia e non esquece-la raíz última dos acontecementos e das posicións que fronte a eles se adoptan; “poco aprovecha –escribiu en 1857, no seu discurso de ingreso na Real Academia da Historia– para juzgar con acierto un período cualquiera de la historia, seguir paso a paso la mudanza de repúblicas y dominios, si la relación de los sucesos no se acompaña de la relación de los misterios de la vida ciudadana”. Sen chegar obviamente á categoría de “misterios”, os dous condicionantes históricos que quedan expostos operan no fondo das posicións xurídico-políticas e deben ser tidos moi en conta na valoración que hoxe se faga delas.

<sup>12</sup> Citado por ARIÑO, *Descentralización...*, p. 40.



## III.

## Contribución de Colmeiro

1. A distinción "unidade" - "centralización".  
"Centralización política" e  
"centralización administrativa"

Estas distincións non aparecen nitidamente trazadas nos primeiros escritos de Colmeiro. Na primeira edición do seu *Derecho administrativo español* (1850), a confusión de planos é evidente. Pode nela lerse: "la centralización administrativa es la concentración en el poder ejecutivo de cuantas fuerzas son necesarias para dirigir los intereses comunes de una manera uniforme. La centralización es la unidad en la nación y en el poder, o la unidad en el territorio, en la legislación y en el Gobierno"<sup>13</sup>. La resonancia de los apasionados y reiteradamente exhumados escritos de Cormenin, a quien Colmeiro cita expresamente, son aquí evidentes. "Centralizar –conclúe Colmeiro– es someter todas las personas y todos los intereses a la ley de la igualdad, y distribuir equitativamente los beneficios y las cargas anejas a la cualidad de ciudadanos. Es al mismo tiempo establecer una regla de orden imprimiendo a las fuerzas sociales una dirección única y robusteciendo el poder que vela por la paz interior y por la independencia nacional"<sup>14</sup>. No se asume aquí todavía la diferenciación que incipientemente apuntara ya Posada Herrera en sus "Lecciones de Admnsitración".<sup>15</sup>

Sen embargo, tan só cinco anos máis tarde, vai introducir algunhas precisións a este respecto que xa apuntan á súa máis evolucionada formulación posterior. En efecto, en 1855 publica Colmeiro a súa magna obra *De la constitución y del Gobierno de los Reinos de León y Castilla*. O capítulo XVI do T.I leva por rúbrica "De la unidad nacional". Describe nel prolixamente o avance histórico cara a esta unidade e en que medida este proceso foi dificultado por "las diferencias de origen, de principios, de leyes y costumbres de cada región". E, concluído este excursio, aborda xa diferenciadamente a centralización administrativa. "Al mismo tiempo –di– que las leyes se uniformaban, propendía la Administración a concentrarse, pasando a manos del rey la mayor y mejor parte de las facultades que venían ejerciendo desde muy antiguo los concejos; y no apresuraba poco esta mudanza la institución de los co-

<sup>13</sup> COLMEIRO, M., *Derecho administrativo español*, 1ª edición, Madrid e Santiago, 1850, p. 17.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>15</sup> POSADA DE HERRERA, JOSÉ, *Lecciones de Administración*. Madrid, 1843, T.I., p. 32: "...no se debe confundir la unidad con la centralización. La unidad es la igualdad de leyes y derechos; la centralización es resolver todas las cuestiones que pudiesen interesar a un país por el Gobierno Central, situado en la capital de la Monarquía".

<sup>16</sup> COLMEIRO, M., *De la constitución y del Gobierno de los Reinos de Castilla y León*. Madrid e Santiago, 1855, p. 189.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>18</sup> Por exemplo, o egoísmo local debe ser superado non xa por un xeneroso “espírito nacional” (1850), senón por un xeneroso “amor á patria” (1858); ou a inclusión da lenda *unus Deus, unha lex, unum imperium* á hora de fundamentala conveniencia da libre acción do Goberno en orde á prosperidade da nación. Tal adición ten un puro sentido de reforzamento expresivo ou literario e mesmo contradí a evolución do seu pensamento que trato de constatar.

<sup>19</sup> Cit. *Derecho...*, 2ª edición, p. 20.

<sup>20</sup> OLIVAN, ALEJANDRO, *De la administración pública con relación a España*, Madrid, 1843.

<sup>21</sup> ORTIZ DE ZUÑIGA, M., *Elementos de Derecho administrativo*. Granada, 1842-43.

<sup>22</sup> ARIÑO (cit., *Descentralización...*, p. 38) recolle este ilustrativo parágrafo do seu “Discour su la centralisation”, de 1842: “c’est un spectacle misérable eût digne de pitié de voir Barcelonne, Cadix, Valence, Burgos, Sarragossse, Bilbao, Malaga, lever à chaque secousse leurs têtes rivales, et constituer capricieusement des juntes insurrectionnelles, au lieu de s’unir à la métropole pour comprimer l’anarchie”.

regidores, magistrados sumisos a la corona, en reemplazo de los alcaldes o jueces de fuero, cuyo origen popular era tan acomodado al intento de mantener vivo el espíritu municipal”<sup>16</sup>. A distinción é xa clara, se ben para Colmeiro o proceso revela tardanza e non moito éxito: “Ni las reiteradas tentativas del Gobierno para uniformar las leyes, ni los pasos dados en la senda de la centralización administrativa produjeron resultados sino a medias”<sup>17</sup>.

Non tardará, sen embargo, moito Colmeiro en precisar definitivamente a distinción. Constitúe unha tarefa moi reveladora compara-la primeira edición do seu *Derecho administrativo* (1850) coa segunda, aparecida, como é sabido, en 1858. Non me refiro agora a retoques de estilo por máis que poidan ser significativos<sup>18</sup>, senón á inclusión na segunda edición dun novo parágrafo (o 36), que precisa definitivamente as cousas. Di así:

“Importa en extremo distinguir la centralización política y la administrativa, que pueden hallarse juntas ó separadas. La centralización política consiste en la unidad del poder supremo ó soberanía, y en el libre ejercicio de los derechos que de esta fuente se derivan; y la centralización administrativa se muestra en la concentración de las facultades inherentes al poder ejecutivo, en cuanto promueve los intereses comunes.

En España, durante la edad media, no existió ninguna de estas dos maneras de centralización. Desde los Reyes Católicos hasta que hizo asiento entre nosotros el gobierno representativo, hubo una grande concentración política, ligada con una no menor excentralización administrativa, porque el poder real tenía límites prudentes en la autoridad de los Consejos y en la vida propia del municipio. Ahora tenemos la excentralización política, consecuencia de la división de los poderes públicos, y la centralización administrativa, resultado del principio de la libertad de acción del poder ejecutivo con la cautela de la responsabilidad de los ministros”.<sup>19</sup>

Atrás quedaban anteriores confusións, que posuían a un Olivan<sup>20</sup> ou a un Ortiz de Zúñiga<sup>21</sup> e por suposto a tantos e tantos autores franceses que escriben na primeira metade do XIX, non afastados aínda do fervor revolucionario, e que influíron notablemente no noso primeiro iusadministrativismo. O caso de Cormenin é ben significativo, xa que –como detectou Ariño– xulgou desde tal perspectiva non só a realidade francesa, senón tamén a española, proxectando sobre ela un relevante influxo.<sup>22</sup>

A contribución de Colmeiro é pois, aquí, importante. Clarifica a anterior confusión e dá un paso destacado na precisión xurídica do concepto de centralización. O seu proceso mental é semellante ó de Batbie (un autor tamén reiteradamente citado por Colmeiro e co que mantiña fluída correspondencia), que vai distinguir axiña entre a centralización **política** e a centralización **administrativa**, ás que el engadiría un terceiro termo: a centralización **moral**.<sup>23</sup>

Edicións posteriores do seu *Derecho administrativo* ofrecen xa unha acabada mostra das súas precisións conceptuais. Nos seus *Elementos del Derecho Político y Administrativo* (sexta ed., 1881) os termos de distinción son xa inequívocos:

“Lo primero es distinguir la unidad de la centralización. Aquella consiste en la homogeneidad de afectos, ideas e intereses colectivos que se reflejan en el estado, y ésta significa la concentración en el poder ejecutivo de todas las fuerzas necesarias para promover el bien común dentro de su esfera. La unidad se funda en vínculos morales que la hacen voluntaria y permanente, y la centralización puede ser ficticia y pasajera, sobre todo cuando constituye un régimen de fuerza. La unidad es una condición de la sociedad, y la centralización un modo de ser del Gobierno.

Lo segundo importa no confundir la centralización política y la administrativa, porque esta denota la absorción por el Gobierno de todas o la mayor parte de las facultades inherentes al poder ejecutivo, de modo que poco o nada se reserva a la acción libre de las corporaciones populares; y ésta sustituye el sistema de la división de los poderes públicos con la unidad del poder supremo o la concentración absoluta de la soberanía.

El grado máximo de la centralización política supone la unidad en el territorio, la legislación y el Gobierno.

Cuando el Gobierno se abstiene de hacer la ley y administrar xustiza, pero se arroga íntegra potestad de ejecutar los preceptos del legislador relativos a los intereses comunes, sin hacer diferencia entre lo general y lo privado de un grupo de habitantes, hay centralización administrativa. El sumo grado de esta centralización consistirá en someter todas las partes del estado a la autoridad directa del Gobierno supremo, de modo que no dejase ninguna libertad de acción a los pueblos para resolver los negocios de interés local. Las autoridades y corporaciones populares, sin vida propia, cederían al superior

<sup>23</sup> BATBIE, *Traité historique et pratique de Droit public et administratif*, T. IV, 1863, p. 422 e ss. En igual sentido, PRADIER-FODERÉ, M.P., *Précis de Droit administratif*, París, 1872, p. 20.

impulso bajo la ley de una obediencia pasiva y de una ciega disciplina.

Por lo contrario, el régimen opuesto de la suma excéntrica implica la desmembración del poder ejecutivo, negando al Gobierno el derecho de intervenir en la Administración local que otra escuela política proclama independiente. En tal caso las autoridades y corporaciones populares, no sólo gozan de vigorosa iniciativa, sino que las libertades locales se elevan hasta la participación en la soberanía<sup>24</sup>.

## 2. Loanza contrapesada da centralización. Busca do equilibrio

Tamén aquí é advertible unha liña evolutiva do pensamento de Colmeiro. Na primeira edición do seu *Derecho Administrativo* as loanzas á centralización son evidentes, se ben o seu espírito temperado lle impide caer nos excesos épicos de Cormenin ou do propio Ortiz de Zúñiga. En todo caso as súas afirmacións, aínda unidas á inicial confusión conceptual, son concluíntes:

■ "A Administración debe estar centralizada".

■ "A centralización é unha reacción contra o sistema de incoherencia antigo".

■ Ofrécelles, concentrados nunha capital preponderante, "máis medios de resistencia ós inimigos interiores e exteriores do repouso público".

■ O perigo de que unha centralización desmedida ameace a liberdade dos cidadáns "non é tan formidable que non teña o seu correctivo natural" no dereito político e a existencia de responsabilidade dos mandatarios do poder público.

■ "A centralización non illa o home, senón que pola contra substitúe unha agregación limitada como a que constitúe un pobo, outra agregación indefinida que forma o Estado".

■ "A verdadeira centralización é a orde e a orde é tamén economía".

Pero debe advertirse que, xa neste o seu primeiro pensamento, Colmeiro non agocha que "a centralización lle ofrece en efecto bens á sociedade; pero non puros, senón a cambio dalgúns males". E todo o seu discurso se converte nunha contraposición dialéctica de vantaxes e

<sup>24</sup> Cfr. COLMEIRO, M., *Elementos del Derecho Político y Administrativo de España*, 6ª edición, Madrid, Librería de los sucesores de Escribano, 1881, pp. 116-117.

inconvenientes<sup>25</sup> na que trata de conciliar unidade, eficacia, orde e economía con liberdade cidadá fronte a un poder en exceso “robusto e forte” e co desexo de non “extinguí-la vida local, os intereses de pobo e as afeccións íntimas e case familiares de nacemento ou veciñanza”.

E é curioso neste punto advertir como na 2ª edición do seu *Derecho Administrativo* lle engade á frase final de Cormenin con que en 1850 concluía o parágrafo (“Elixir é asociarse e asociarse é centralizar”) este significativo parágrafo:

“Mas esta doctrina sufre menoscabo en los pueblos donde el Gobierno carece de la prudencia necesaria para respetar la libertad del sufragio, sustituyendo la voluntad personal de los ministros al voto común de los electores, porque entonces la centralización muda con el abuso de naturaleza, y deja de ser instrumento de Gobierno. En tales casos elegir es nombrar, y nombrar es corromper las costumbres públicas y privadas”.<sup>26</sup>

A busca do ansiado equilibrio apreciase desde os primeiros escritos. Colmeiro sinala, xa na 1ª edición, que “no hay una medida exacta del radio da acción administrativa central, ningún punto fijo por donde trazar la linea demarcatoria de las funciones propias de la existencia común e de la vida local”. E en sentido semellante a Posada Herrera (intereses xerais, intereses menores)<sup>27</sup>, perfila cun certo xeometrismo a doutrina dos círculos de interese que será tan grata máis adiante na regulación do réxime local e do repartimento de competencias entre os poderes centrais e locais: hai si “una regla de conveniencia para los pueblos, a saber: sujetar a una centralización máxima los negocios de importancia suma, a una centralización media los de mediano interés, e los leves a una centralización mínima, o excentralizarlos completamente”.<sup>28</sup>

### 3. A tutela e outras técnicas

Estas expresións vanse repetir en esencia nas sucesivas edicións, ata alcanzar na cuarta (1876) a formulación técnico-xurídica do principio de tutela. “Entre la absoluta independencia –di en 1876– de la Administración local (...) y la intervención de la autoridad superior en sus actos de menos importancia, suponiendo que constituyen una parte integrante e indivisible de la nación y representan intereses generales, caben diferentes grados de intervención

<sup>25</sup> Esta contraposición é usual en tódolos autores do medio século XIX. Posada Herrera efectúa nestes termos: “resultado de todo es, que la centralización produce la gran ventaja de que las leyes se ejecuten con regularidad, de que no haya dilapidaciones, de que haya unidad en el poder, de que sea más fuerte el gobierno, y tenga más energía de acción para resistir a los enemigos interiores y exteriores: causando por el contrario los inconvenientes del aumento del número de empleados, la dificultad de resolver muchos negocios que no puedan decidirse, sino en la localidad en que han nacido, y por último el de apagar el amor de los ciudadanos a su localidad, a su provincia y a su patria, y hacer triunfar la ambición y el deseo de influir en los negocios generales del país”. Cfr. cit. *Lecciones...*, p. 39.

<sup>26</sup> COLMEIRO, cit., *Derecho...*, 2ª edición, p. 27.

<sup>27</sup> Cit, *Lecciones...*, p. 41.

<sup>28</sup> *Derecho...*, 1ª edición, 1850, p. 19.

en la Administración provincial y municipal. En efecto, puede el Gobierno ejercer una autoridad perfecta y positiva sobre los asuntos de interés local; puede contentarse con un derecho de mera inspección y vigilancia para que se guarden y cumplan las leyes; y, en fin, puede optar por el temperamento de reputar menores las corporaciones populares y someterlas a la tutela del Estado”.<sup>29</sup> Como destacó Royo Villanova en 1944:

“Colmeiro adopta una posición intermedia. La centralización administrativa raya en lo absurdo, cuando desconoce que el municipio tiene derechos propios anteriores a la organización del Estado, y que negar a los pueblos una intervención en el manejo de sus intereses comunes equivale a disolver la comunidad. Hay un principio de justicia, que deslinda las atribuciones del Gobierno en sus relaciones con la Administración local: *suum cuique*. Todo lo que es general, pertenece al Gobierno, y a la provincia y al municipio lo particular o privativo de estas corporaciones populares”.<sup>30</sup>

En 1881, Colmeiro é aún más contundente:

“Aparte de que el principio en que descansa el sistema de la tutela administrativa no está fuera de controversia, es lo cierto que entre la completa absorción de las existencias locales y la necesaria subordinación a un poder central, hay mil grados distintos de autoridad del Gobierno en sus relaciones con la administración provincial y municipal. Y como ni todas las instituciones se prestan a igual organización del poder ejecutivo, ni todos los pueblos son igualmente aptos para regirse por sí propios, ocurre la dificultad de escoger el temperamento que permite el desarrollo de los intereses comunes sin menoscabo de la unidad nacional.

No hay, pues, una medida cierta del grado de centralización administrativa como regla de buen gobierno. La monarquía propende a la concentración del poder y a la ubicación de su representación multiplicando las autoridades unipersonales. La aristocracia, fuerte con sus privilegios de nacimiento, su espíritu de clase y su grande propiedad, defiende la diversidad del poder favorable a su influencia. La democracia, fiel a su dogma de la soberanía del pueblo, proclama al individuo soberano, y siendo el municipio con respecto al gobierno central una persona como otra cualquiera, solicita en nombre de sus principios la autonomía de la Administración local”.<sup>31</sup>

“Los intereses provinciales y los municipales son distintos, y distintas deben ser las autoridades que los pro-

<sup>29</sup> *Derecho administrativo*, 4ª edición, 1876, p. 22.

<sup>30</sup> Cfr. ROYO VILLANOVA, S., “Colmeiro y la Ciencia administrativa”, *REUL*, nº 14, 1944, p. 244.

<sup>31</sup> COLMEIRO, cit., *Elementos...*, p. 117.

mueven y ordenan, cada una dentro de los límites de su propia competencia. Trace la ley, la línea divisoria, dando a la provincia y al municipio aquello que según la naturaleza de una y otra comunidad les pertenece, y el Gobierno en quien reside el poder ejecutivo, vigile y modere la acción de las Diputaciones y de los Ayuntamientos.

Las libertades municipales, tan cercanas a las del hogar doméstico y a las del individuo, dejar de existir, cuando las oprime un poder arbitrario, llámase rey por derecho divino, o pueblo constituido en autoridad por sufragio universal".<sup>32</sup>

Non quero estenderme en novas citas, pois todas elas conducen a unha conclusión inequívoca: o pensamento de Colmeiro sobre a centralización e a descentralización amosa unha clara liña evolutiva. Os primeiros fervores centralizadores, achegados ós xuristas franceses do primeiro cuarto de século e en boa medida condicionados pola perspectiva política da urxencia de consolidación da unidade do Estado, se ben nunca foron extremados<sup>33</sup>, atempéranse logo, sucesivamente, ata producir unha posición de maior sensibilidade ás libertades locais. O seu pensamento está sen dúbida influído polos avatares da convulsa sociedade española do XIX e do noso réxime local. Non é obviamente o mesmo, como dicía ó principio, escribir en 1845 que de 1870 en diante, tralas leis municipais e provinciais deste ano ou a lexislación local da Restauración, por máis que a impronta centralista siga impregnando estes textos. O último Colmeiro amosa, coa súa elevada dose de ecuanimidade, comprender moi ben a dificultade de solucións extremas e radicais na dialéctica centralización-descentralización. Entre a defensa das libertades individuais ou as libertades locais –aínda “oligarquía e caciquismo” que convertía as leis en puro papel mollado– Colmeiro opta por unha prudente centralización precuadora que, tratando de preservar a vida local, non impida unha forte acción e impulso do Goberno central.

É así, cando vai apuntar xenialmente non fórmulas políticas, senón verdadeiras técnicas xurídico-administrativas. Anticipa o concepto de tutela, chega a perfilar unha correcta distinción entre as técnicas de descentralización e de desgregación, resalta, como técnica de fiscalización dos entes locais, “la facultad del superior para suspender, modificar y revocar los actos de los delegados de su au-

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>33</sup> “La administración –dicía xa en 1858– debe proteger la vida general y común, propia de la nación, subordinando los intereses de corporación al principio de la unidad; pero debe proteger también “la vida particular o local”, dictando las reglas de la prudencia y altas razones de bien público que el poder central propenda a disminuirla o moderarla, “pero sin sofocarla o extinguirla enteramente”. Cit. *De-recho...*, pp. 129-30.

toridad" e, en fin, concreta-la figura da delegación, sempre –di– coa posibilidade, nela, de esixencia da devolución da competencia por parte do delegante. O que el mesmo cualificara a mediados de século, a centralización, como necesidade irrefragable, aparece en 1876 como "uno de los más arduos problemas de la Ciencia administrativa"<sup>34</sup>. E, consecuentemente, aplícalle conceptos técnicos xurídico-administrativos. Esta é a súa grande achega que, plena de rigor xurídico e anticipación, fai que teñamos que realizar periodicamente o san exercicio do que en expresión consagrada chamamos "volta a Colmeiro"

#### IV.

### Reflexión conclusiva

Se houbese que extraer unha conclusión verbo do posicionamento de Colmeiro na cuestión que nos ocupa, atreveríame a resaltar, aínda a risco de excesiva simplificación, tres notas que me parecen definitivas: moderación ou equilibrio, evolución acompasada ás esixencias, sobre todo constitucionais, do longo período histórico en que escribe e, finalmente, a achega dunha avanzada conceptualización e tecnificación xurídica capaz de encauzar a tensión centralización-descentralización.

O primeiro, a moderación, é notorio no seu pensamento. Podo recoller algunhas citas reveladoras. "Toda virtude extremada, trócase en vicio", di ampulosamente no seu Discurso de ingreso na Real Academia da Historia. E critica acerbadamente, por contraposición ós políticos sabios, ós arbitristas dos séculos XVI e XVII, os que aluma de "curandeiros da república" e "inventores de quimeras". Porque "los principios –conclúe– no se asientan sino es al cabo de larga observación del orden natural de las cosas, como medio necesario para descubrir las reglas generales y constantes que gobiernan el mundo".<sup>35</sup>

Compréndese que, desde este posicionamento mental e ideolóxico, se foxe das imprevisións e dos radicalismos ó trata-la desagradable contraposición centralización-descentralización. Meilán destacou con razón que, sendo toda a súa obra "unha vía media entre o puro empirismo e

<sup>34</sup> *Derecho...*, 4ª edición, 1876, p. 19.

<sup>35</sup> Cit., *Discurso sobre los políticos...*, pp. 407, 419 e 423.



a especulación abstrata”, no tocante a esta cuestión acen-túa unha clara liña de equilibrio<sup>36</sup>. É así inevitable que as súas palabras non lembren o desencanto dalgúns autores franceses do primeiro tercio do XIX antes os excesos centralizadores derivados da Revolución e da súa ansia dunha síntese equilibrada. Así, aquel Bechard que 1836 escribía:

“Diminuír, sen destruír, a vida local, particular en beneficio da vida xeral e común. Este é sen dúbida o problema da sociedade humana. Pero o que nós condenamos é o abuso do sistema, é a extinción de todo espírito de especialidade, de localidade, é a absorción de tódolos elementos sociais en proveito do poder central; é, nunha palabra a concentración do todo o Reino na capital e nos departamentos ministeriais”.<sup>37</sup>

O segundo, ese carácter evolutivo do seu pensamento, está tamén arraigado na súa profunda filosofía e trae consigo consecuencias metodolóxicas. Na segunda edición do seu *Dereito administrativo* hai unha admirable declaración sobre a inestabilidade desta ciencia, a súa conexión “co político” e a conseguinte necesidade de apear-se de verdades absolutas e modula-las técnicas xurídicas ás esixencias de cada momento, sen perde-lo norte dos principios. Di así Colmeiro:

“La ciencia administrativa enseña pocas reglas fijas y verdades absolutas para dirigir ellas la acción del Gobierno con respecto a lo intereses públicos. Mil géneros de necesidades todas distintas, la movilidad constante de los elementos sociales, su combinación tan varia, hacen que tal nación exija cuidados muy diversos respecto de otra al parecer semejante, y que un pueblo hoy no se administre de igual manera que mañana. Así como el individuo se renueva a cada momento de la vida, así también cambian los estados, sucediéndose unas a las otras las generaciones como las olas en el mar, trayendo siempre algo nuevo la que se acerca, y llevando algo suyo la que se extingue. Por eso la ciencia de la administración debe ser variable, y el poder que la aplica muy flexible”.<sup>38</sup>

Esta experiencia aplícaa á súa propia análise e ás evolucións propostas. No tema que nos ocupa sempre pensou Colmeiro que “el espíritu dominante en la Constitución debe transmitirse a la Administración local”<sup>39</sup>. Isto explica tamén o fundamento da evolución da súa doutrina e ata as aparentes contradiccións en que incorre. Pouco ten que ve-lo Colmeiro que apela a Thiers no Se-

<sup>36</sup> MEILÁN GIL, J. L., *El proceso de la definición del Derecho administrativo*, ENAP, Madrid, 1967, pp. 13 e 57.

<sup>37</sup> BECHARD, F., *Essai sur la centralisation administrative*. Marsella-París, 1836, T.I, p. 64.

<sup>38</sup> Cit. *Derecho...*, 2ª edición, p. 13-14.

<sup>39</sup> Cfr. ROYO VILLANUEVA, cit. “Colmeiro...”, p. 247.

nado, en 1871, para reforza-las facultades de intervención do Goberno nos concellos con aquel outro que, dez anos máis tarde, escribirá sobre a centralización de maneira tan escéptica que esta aparece case como un “mal necesario”:

“En resumen –di–, la centralización administrativa no ha penetrado en la sociedad moderna como una doctrina regeneradora y con la autoridad de un principio. Ha venido como una necesidad del orden después de los horrores de la anarquía y de las violencias de un despotismo militar. Los tiempos normales piden corporaciones que sirvan de refugio al individuo y magistraturas populares, para impedir que toda la Administración pase al menos del Gobierno a título de que todos los negocios públicos son negocios de Estado.

Enhorabuena sea el Gobierno el centro de toda autoridad, mas no la fuente única de donde toda autoridad se derive”.<sup>40</sup>

E cando Colmeiro, xa ó final da súa vida, preparaba a nunca aparecida 5ª edición do seu *Derecho administrativo español*, o inacabado manuscrito (non chega máis que ó libro IV), redactado entre 1892 e 1894, contén a formulación máis evolucionada do seu pensamento nesta cuestión:

A liberdade política –escribe– “corre peligro si el poder supremo no se haya contenido por instituciones populares.

Poco importa proclamar que la soberanía reside en la nación y consultar su voluntad acudiendo a las urnas, si el Gobierno se propone impulsar los resortes de la centralización para corromper o violentar a los ciudadanos convocados a ejercer el derecho de sufragio. Una especial red de autoridades y agentes a quienes puede exigir ciega obediencia y multitud de corporaciones sometidas al régimen de tutela administrativa bastan para trastornar las bases del sistema representativo. Entonces encontramos que el Gobierno, salvando las formas de la libertad, se hace arbitrario, pues si frustra la independencia de los hombres que lleva la voz del pueblo, no hai temor a las consecuencias de sus actos ni la más leve sombra de responsabilidad”.<sup>41</sup>


O terceiro, aquela que chamei avanzada tecnificación do xurídico-administrativo, é tamén un rasgo evidente. Desde hai tempo é común acordo o recoñecemento de

<sup>40</sup> Cit. *Derecho...*, 2ª edición, p. VI.

<sup>41</sup> Libro I, cap. VI, “De la centralización administrativa”, parágrafo 39, do manuscrito que debía servir para darlle á imprenta a 5ª edición do *Derecho administrativo español*. Biblioteca da Real Academia de Ciencias Morais e Políticas.

que a obra de Colmeiro é un tratado científico do dereito administrativo español, quizais o primeiro, e que a súa sistematización das diversas institucións administrativas é a máis avanzada da época, por máis que a súa proverbial humildade lle atribúa todo o mérito “da novidade do estilo” a Cormenin, a quen –di– lle pertence todo “o mérito da invención”.

Desde este global rigor técnico, as súas apreciacións sobre a tutela, a desagregación ou a delegación –que quedan expostas– teñen unha innegable capacidade de anticipación como técnicas de articulación entre os poderes centrais e locais. E tamén, como non, este indicio que Royo Villanova detectou nos seus escritos de que a diferenza entre centralización e descentralización é máis cuantitativa que cualitativa<sup>42</sup>, apreciación tan desenvolvida pola doutrina moderna.

E conclúo xa. Nada me disgustaría máis que non ter interpretado correctamente a Colmeiro en tan concreta pero difícil cuestión como é a permanente tensión centralización-descentralización. En todo caso, se así fose, sempre me quedaría o conforto de poder acollerme á benevolente temperanza e magnamidade científica de que sempre fixo gala o Mestre. 

<sup>42</sup> Cit. “Colmeiro...”, p. 243.

**NOTAS E  
COMENTARIOS**



Xaime  
Rodríguez-Arana  
Muñoz

Catedrático de dereiro  
administrativo.  
Universidade da Coruña

## Manuel Colmeiro: un ilustre administrativista galego (1884-1994)

**H**ai algún tempo, en 1950, o daquela titular da cátedra de Dereito Administrativo da Universidade de Santiago de Compostela, o profesor López Rodó, organizou unhas Xornadas de estudio xurídico-administrativo en honra do profesor Colmeiro, con motivo do centenario do seu famoso *Tratado de derecho administrativo*. Daquela, como ben saben os vellos profesores españois, chegouse a postula-la volta a Colmeiro, por entender que as ensinanzas, certamente moitas, do profesor compostelán facían aconsellable a mirada cara atrás e o detemento na obra deste insigne galego, que lle dedicou a súa vida, pódese dicir, á ciencia xurídica no seu sentido máis estricto. É máis, esa volta a Colmeiro tiña un claro significado, como comentaremos, de fomenta-la investigación histórica no marco do estudio das institucións xurídico-administrativas.

Colmeiro administrativista, economista, historiador, académico... é realmente un home pouco coñecido en Ga-

licia e quizais tamén no mundo dos xoves administrativistas. Sen embargo, como é ben sabido, a súa produción científica é tan ampla que é moi difícil reconducila a uns criterios xerais. Entre outros, cómpre agora salientar, por suposto, o seu *Derecho Administrativo español* de 1850, o *Tratado Elemental de Economía Política Ecléctica* de 1845, o *Derecho Constitucional de las Repúblicas Hispano-Americanas* de 1858, a *Historia de la Economía Política de España* de 1863, *De la Constitución y del Gobierno de los Reinos de León y Castilla*, de 1855...

A Escola Galega de Administración Pública quixo desde o comezo, –empezou a funcionar en 1990– a máis de pór a disposición dos servidores públicos galegos a formación que hoxe demanda a nosa sociedade, enraizarse no propio, no especificamente galego. Por iso se celebran na Escola os aniversarios do noso Estatuto de autonomía, e de aí as conmemoracións do Día das letras galegas. Desde os comezos tentouse aproximar ó conxunto da Administración pública galega a nosa propia realidade, conscientes de que unha función pública identificada coa engrenaxe dos valores e das peculiaridades que conforman a nosa personalidade, é a función pública que mellor poderá servir ós intereses colectivos especificamente galegos.

Tamén dende o principio desta Escola se quixo afianza-la súa función de centro oficial de docencia e de investigación en Administración pública e dereito público, tal e como establece un dos preceptos do decreto que regula a organización e funcionamento da EGAP. De aí a política de promoción de estudos e de investigacións, a edición da *Revista Galega de Administración Pública* –que xa vai no sétimo número– e a convocatoria do Premio de investigación Manuel Colmeiro, ata o de agora con tres edicións, gañadas por Manuel Aguilar en 1992, Pablo González Mariñas en 1993 e Francisco Javier Sanz Larruga en 1994.

A institución do Premio Manuel Colmeiro, a máis do interese que provoca nos centros de investigación, supón tamén a rehabilitación e a recuperación de ilustres galegos que, cos seus escritos e ensinanzas, souberon deixa-lo nome de Galicia e a súa condición de galegos moi alto. O caso de Manuel Colmeiro, ilustre compostelán e profesor, da Universidade de Santiago e máis tarde da Compluten-

se de Madrid, é un fiel reflexo dun galego que pasou á historia da ciencia do dereito administrativo e da Administración pública, por dereito propio.

Manuel Colmeiro naceu en Compostela en mil oitocentos dezaoitto, o 1 de xaneiro. Courseu na universidade compostelá os tres anos da facultade de Filosofía e mailos cursos correspondentes á carreira de dereito. Ó remata-los seus estudos xurídicos dedicouse preferentemente á economía, cátedra que ocupou en calidade de interino entre 1840 e 1843, logo de obte-lo doutoramento en dereito en 1841. En 1842 obtivo un premio convocado pola Sociedade de Amigos do País de Santiago sobre o *Método más adecuado de remediar el mal inherente a la extrema subdivisión de la propiedad territorial en Galicia*. Uns meses antes, segundo nos conta o ilustre profesor Paulino Pedret, o xove profesor compostelán, xa traducira os *Principios de economía* de Francisco Droz. Moi pouco despois, ós vinteseite anos, en 1845, publica en dous volumes un interesante *Tratado Elemental de Economía Política Ecléctica*, escrito no que, segundo a opinión de Pedret Casado, Colmeiro apunta esas aptitudes que farán del un típico sabio galego e un excelente español. En 1847 gaña a cátedra de Dereito Político e Administrativo da Complutense de Madrid, a onde se trasladará ata a súa xubilación en 1881. Foi fiscal do Tribunal Supremo, deputado, senador electo e vitalicio, académico da Real Academia da Historia, académico tamén da Real Academia das Ciencias Morais e Políticas. Pertenceu ó Instituto de Francia, á Real Academia de Bélxica, foi vicepresidente do I Congreso de economistas realizado en Bruxelas en 1856, inspector xeral de instrución do Consello de Estado, etc.

A Real Academia da Historia deulle os seus votos para individuo de número, o 6 de febreiro de 1857, sendo elixido tesoureiro o 22 de decembro de 1872 e censor o 11 de decembro de 1874, cargo que desempeñou ata a súa morte.

Foi nomeado tamén académico de número da Academia de Ciencias Morais e Políticas o 26 de novembro de 1857 e bibliotecario o 12 de abril de 1859, foi reelixido tres veces e o cinco de xaneiro de 1875 declarado perpetuo. A Universidade de Kharcoff, en Rusia, e a de Cracovia en Polonia, honrárono elixíndoo individuo dos consellos universitarios o 21 de decembro de 1859.



No verán de 1894, o 11 de agosto, morreu en Madrid, despois dunha vida de traballo fecundo e constante. Entre os seus escritos, que son innumerables, gustaríame salientar neste momento o seu célebre *Tratado de Derecho Administrativo*, coa primeira edición de mil oitocentos cincuenta. Manuel Colmeiro, figura recordada e recomendada hai xa bastantes anos polo profesor Jordana de Pozas, autor da famosa “volta a Colmeiro”, foi un profesor ben coñecido e é un autor dos máis importantes do século XIX na configuración da ciencia xurídico-administrativa española. En concreto, Colmeiro pasou á historia polo seu pragmatismo erudito. Como o padre Feixoo no século XVIII e outros galegos posteriores, a erudición de Colmeiro, xunto ó seu bo sentido, son admirables. O seu *Tratado de Derecho Administrativo* supón unha vía media entre o puro empirismo e a especulación abstracta, no que demostra a fondo o seu coñecemento das institucións xurídico-administrativas. Para Batbie, a obra de Colmeiro non ten parangón e trátase do libro sobre a Administración máis amplamente escrito e razoado.

Colmeiro profesor, historiador ou académico foi un galego de singular peso específico na ciencia da Administración pública española. Por iso, a EGAP quixo que o primeiro premio que se institúe en Galicia leve, é toda unha honra, o nome deste ilustre compostelán. Por iso, non hai nada mellor que reproducir un dos parágrafos de maior contido que, na miña opinión, se pode atopar no seu *Tratado de Derecho Administrativo* sobre a funcionalidade da Administración pública:

“Nada hay indiferente para la Administración, desde lo más grande hasta lo más pequeño, o mejor dicho, nada parece pequeño a los ojos de una Administración solícita por el bien del Estado, porque las cosas mínimas en la vida privada adquieren gigantescas proporciones en la vida social; de lo que se infiere que su mirada debe ser penetrante, su voluntad firme, permanente a su acción y a su perseverancia infatigable”.

A verdade é que a obra do administrativista, historiador, constitucionalista, economista, académico ou político, revela unha dedicación científica e un afán por busca-la verdade que dignifica o oficio universitario. O número e a claridade das súas obras así o manifestan.

Colmeiro foi, sobre todo, un home do seu tempo, un-

ha figura do dereito administrativo do século XIX como Olivan, Posada Herrera, Ortiz de Zúñiga, De la Serna e tantos outros. Foi un profesor comprometido co seu tempo e cun claro desexo de mellora-la vida do home a través da ciencia. Polo menos, así me parece que se deduce dun parágrafo coñecido da súa Memoria –que lle valeu o Premio da Sociedade Económica de Amigos do País de Santiago de Compostela– sobre a propiedade agrícola:

“¿Habrà por ventura amanecido el ansiado día en que por buena fe piense el Gobierno y quieran los diputados de la Nación promover los intereses materiales, los morales e intelectuales de España? (...) porque para dictar reformas no basta querer; es preciso también saber dic-tarlas”<sup>1</sup>.

Este parágrafo, ademais, reflicte algo moi importante. Manuel Colmeiro era un home consciente da grandeza que encerra a xestión dos servizos públicos, que comprendeu cabalmente que o dereito administrativo non é só o ordenamento xurídico propio e peculiar da Administración pública senón algo máis, un dereito que debe posibilita-lo libre desenvolvemento da persoa.

Certamente, como froito do seu tempo, non é xusto, nin lícito metodoloxicamente, querer atopar en Colmeiro aproximacións ó sistema democrático propio do século XX porque non lle son esixibles a Colmeiro estas concepcións nin a ningún dos seus contemporáneos. Sen embargo, sabemos ben da afección dalgúns á descualificación sen máis, ás veces superficial, a partir de frases ou de opinións. Colmeiro escribiu varios miles de páxinas, moitos libros e pronunciou numerosísimas conferencias. En materia de economía, como recoñeceu o profesor José Larraz “hasta ahora, el único estudio histórico de conjunto concerniente a las edades pasadas de la economía hispánica lo constituye la obra de D. Manuel Colmeiro (...) de la que nos hemos amamantado cuantos por la materia sentimos atracción y curiosidad”<sup>2</sup>.

A volta a Colmeiro, como sinalara o profesor López Rodó, significou o retorno ás investigacións histórico-administrativas<sup>3</sup>. A volta a Colmeiro supón tamén volver unha e outra vez ó estudio dos nosos profesores de séculos pasados, pois non poucas veces é francamente útil metodoloxicamente a investigación histórica das nosas institucións administrativas e as doutrinas dos autores es-

<sup>1</sup> M. COLMEIRO, *Memoria sobre el modo más acertado de remediar los males inherentes a la extremada subdivisión de la propiedad territorial de Galicia*, Imprenta de la Viuda e Hijos de Compañel, Santiago, 1843, p. 68, en nota 1.

<sup>2</sup> J. LARRAZ, *La época del mercantilismo en Castilla*, Madrid, 2ª edición, 1943, prólogo.

<sup>3</sup> L. LÓPEZ RODÓ, *Traducción y notas al Tratado Elemental de Derecho Administrativo de M. Caetano*, Santiago de Compostela, 1947, p. 21.

pañois. Neste sentido, o profesor Álvarez Gendin escribiu en 1951 que Colmeiro estimaba que non se podía descoñecer-la historia para ensina-las institucións políticas e administrativas coetáneas á súa época, as que en anteriores séculos rexeron en España para comparar coas presentes merecen a súa conservación ou rectificación<sup>4</sup>.

O caso de Colmeiro, neste sentido, é paradigmático. Como é ben sabido, e así o puxo de manifesto o mestre Segismundo Royo-Villanova nas célebres Xornadas do antigo Instituto da Administración Local sobre os nosos administrativistas, realizadas en Madrid en 1944, ó sinalar que os seus contemporáneos Batbie, Telesio ou Laferriere recoñeceron publicamente as súas excelencias. É máis, o propio Batbie escribiu na súa *Introducción Generale au Droit Public et Administratif*, publicada en 1961, “no conozco ningún libro sobre la Administración máis ampliamente escrito y razonado que el del señor Colmeiro. Así que he procurado inspirarme en su método”<sup>5</sup>.

O seu *Tratado de Derecho Administrativo* foi moi coñecido. Así, o mestre Gascón y Marín lembraba en 1950 que “cuando se quería ampliar los conocimientos y buscar elementos de mayor estudio, se acudía de un lado a Colmeiro y de otro a la traducción realizada por el profesor Posada de la obra de Meyer”<sup>6</sup>.

Colmeiro, como lembrou o profesor Gascón y Marín durante as xornadas realizadas en Santiago en 1950 por iniciativa do profesor López Rodó, tiña unha idea clara do que se debe esperar da universidade e da importancia do oficio universitario. Así, sinala Colmeiro, parafraseado por Gascón y Marín, a institución universitaria, representación viva dos coñecementos humanos, debía iniciar-la xuventude nos misterios da ciencia; crear homes aptos, non só para exercer unha profesión especial, senón para penetrar no enlace íntimo dos feitos, coñece-las súas causas e medi-los seus efectos<sup>7</sup>.

En fin, Colmeiro foi un galego ilustre, un home sabio, un catedrático coñecido fóra de España<sup>8</sup>, un administrativista consciente dos límites do poder público. Para rematar, nada mellor que recoller un parágrafo da páxina 20 do seu *Tratado de Derecho Administrativo* na súa primeira edición, referido precisamente ós efectos do intervencionismo administrativo:

<sup>4</sup> S. ÁLVAREZ GENDIN, “Colmeiro historiador”, no libro *Estudios en honor de M. Colmeiro*, Santiago de Compostela, p. 11.


<sup>5</sup> S. ROYO VILLANOVA, “Colmeiro y la ciencia administrativa”, Conferencia pronunciada no Instituto de Administración local en maio de 1944, p. 92.

<sup>6</sup> J. GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 11ª edición, Madrid, 1950, p. 25.

<sup>7</sup> J. GASCÓN Y MARÍN, “Colmeiro, profesor y académico”, no libro *Estudios en honor de M. Colmeiro*, Santiago de Compostela, 1951, p. 26

<sup>8</sup> Neste sentido, sorprenden as referencias de profesores estranxeiros que recolle M. SALVA na *Necrología del Excmo. Sr. D. Manuel Colmeiro*, Madrid, 1898.

## NOTAS E COMENTARIOS

“Mezclarse sin necesidad en la vida social es acostumbrar a la nación a vivir en perpetua minoría y a mendigar la tutela del gobierno en los actos más sencillos de su existencia. A fuerza de ver que nada se hace sino por orden o mediante la autorización del poder central, la actividad individual se adormece y los particulares se habitúan a no contar con sus propias fuerzas y a requerir protección e impulso donde sólo debe otorgárseles libertad. El espíritu público también se vicia y la opinión se corrompe, haciéndose a considerar como regla de todos los actos administrativos, no la legalidad, sino la voluntad de la administración. Entonces, el respeto al poder sustituye en los ánimos al respeto a la ley, cuya idea se oscurece y al fin se eclipsa ocultándose detrás del magistrado”. 



Gonzalo  
Diéguez  
Cuervo

Catedrático de  
dereito do traballo.  
Universidade de  
Santiago de Compostela

# Sobre o capítulo I do proxecto de Lei de Folga

## I.

### **Introducción**

A confusión que, verbo do recto entendemento do dereito de folga, introduce o proxecto ó falar nos seus artigos 2, 3, e 3.1, de dous contidos, individual e colectivo, do mesmo, obriga a substituír eses conceptos polos de titularidade dese dereito e do seu exercicio. Estes acláranse, pola súa vez, coa consideración de dúas ideas que se enuncian no artigo 4.1-2, como renuncia individual do exercicio do dereito e do compromiso, por convenio colectivo, de non recorrer á folga. Resulta entón que todo o contido do capítulo I do proxecto, obxecto deste relatório, se pode distribuír en tres epígrafes sobre o concepto de folga e a súa relativa indefinición (II), a titularidade do dereito e o seu exercicio (III), e o apartado das folgas ilegais, ilícitas ou abusivas (IV).

II.**Relativa indefinición do concepto**

Malia a optar polo procedemento dialéctico da definición –e sen esquecer que, en dereito, *omnis definitio periculosa est*–, hai que recoñecer que a que ofrece o Proxecto de lei de folga, non é só ampla senón difusa. Porque aínda que, dunha banda, diga que é a folga á que se refire o art. 28.2 CE, como un dereito, doutra, reproduce exactamente o abstracto obxectivo que ese artigo lle asigna á mesma, da “defensa” dos “intereses” dos traballadores. Neste sentido, o proxecto só lle engade ó enunciado da CE sobre o dereito de folga a noción desta, como “cesamento” ou “alteración do normal desenvolvemento do traballo”.

Esa vontade de conserva-la abstracta redacción do texto constitucional é, sen embargo, deliberada, pois obedece ó propósito, polo demais patente na CE, de mante-lo dereito de folga desvinculado doutros dereitos colectivos dos traballadores, como son o de negociación dese nome, pero tamén o de constituír sindicatos. Porque destes últimos díxose sempre que teñen por obxecto defende-los intereses dos traballadores, e daquel, que é o medio ordinario para levar a cabo esa defensa. Cumprindo así ese obxectivo defensivo, o da folga non podería ser outro que o de afianzar pola forza a súa consecución, esta é –e á parte do excepcional suposto de sindicatos que non fosen recoñecidos– a conclusión e asinamento dos convenios no sentido que pretenden os folguistas. De ter en conta isto, o proxecto tería concretado, é dicir, definido, esa defensa dos intereses dos traballadores da CE, pero, con iso, tería vinculado o dereito de folga ó de negociación colectiva, o que, como xa sabemos, non sería ortodoxo desde a perspectiva constitucional, ó configurarse o primeiro como un dereito “fundamental”, e o segundo, como un simple dereito “dos cidadáns”, en definitiva, non fundamental. Neste sentido, pódese concluír que os traballadores defenden os seus intereses mediante a folga: 1) forzando a aceptación das súas propostas polos empresarios nun convenio, a negociación do cal se rompeu, 2) declarándoa –ou convocándoa– en relación con colectividade carentes de convenio *ad hoc*. A todo iso conduce a calculada in-

definición do obxectivo do dereito de folga no artigo 2.1 do proxecto.

Desta indefinición é un complemento a aludida amplitude do concepto de folga no mesmo artigo, ó comprender, como xa sabemos, non só o “cesamento”, incluído o “parcial”, do traballo, senón tamén a “alteración” do seu “normal desenvolvemento”. A disxuntiva ten que ver coa rexistrada polo TC na Sentencia do 8 de abril de 1981 (f.x. 10) da folga como “cesamento ou paro do traballo” e como “perturbación no normal desenvolvemento” do “proceso de produción de bens ou servizos (...) mediante un acordo dos traballadores”, e que o propio tribunal refunde a través da expresión “modalidades”. A folga –conclúe– é, si, “un cesamento do traballo”, pero admite diversas “manifestacións ou modalidades”. A idea será ben recibida no proxecto, ó incluí-la “modalidade de folga” (art. 3.1) como un elemento do dereito en cuestión, así como cando di que o escrito de comunicación da convocatoria conteña a “modalidade de folga” (art. 6.2.a); pero non a vincula coa detención ou paro no traballo, como se comprobará despois en relación coas folgas chamadas de “celo” ou “regulamento”. Débese dicir, sen embargo, que esta clase de alteracións da normalidade laboral ten un pésimo concepto no vixente R.D.-1 RT que, a este respecto, fala de “calquera xeito de alteración colectiva no réxime do traballo” como acto ilícito ou abusivo (art. 7.2), a máis da “modalidade de irregularidade colectiva no réxime do traballo” que “impida gravemente o proceso normal de produción”, como causa do pechamento patronal (art. 12.1.c). Con todo, débese reparar en que, como se comprobará mellor despois, o proxecto considera, do mesmo xeito que o vixente R.D.-1 RT, actos abusivos, e eventualmente ilícitos, as folgas “rotatorias”, as relativas a “sectores estratéxicos” e as de “celo ou regulamento”, pero con certos requisitos, o que permite deducir que non as considera así, se eses requisitos faltan. Por outra banda, non inclúe nesa enumeración, como tampouco o fai o R.D.-1 RT, as folgas intermitentes, pois xa foran legalizadas coa ausencia deses mesmos requisitos polo Tribunal Constitucional; e fai o mesmo coas que se reducen a un descenso do rendemento (*perlées*, na terminoloxía francesa). Por último, e en contra agora do real decreto, non prohíbe a ocupación das dependencias



da empresa como circunstancia que eventualmente acompañe a folga, se ben se debe entender que se manteñen as condicións fixadas a ese respecto polo Tribunal Constitucional.

Como se pode comprobar, todas esas variedades, aínda cos seus condicionamentos, ofrecen un material máis que abundante para ensaiar esa ampliación do tradicional concepto de folga que é a “alteración” da normalidade do traballo. E sen esquece-las posibles concomitanzas ou interferencias que se poidan dar entre elas. Así, por exemplo, unha folga de celo ou regulamento só é tal pola presión que leva consigo, pero non supón, pola contra, ningún cesamento do traballo; así tamén, unha folga “rotatoria” comporta inevitablemente unha redución da actividade da empresa, ou, o que é o mesmo, un descenso do rendemento; e o mesmo se pode dicir doutra intermitente, que, pola súa vez, se pode executar con ocupación da empresa porque os folguistas non abandonen os seus postos de traballo. Sobre todo iso, que a máis constituirá eventual materia dos pronunciamentos dos tribunais, volverase despois. Porque, agora convén pasar a outra ampliación, non xa obxectiva, como a que se acaba de considerar, o concepto de folga, senón subxectiva, é dicir, en relación cos suxeitos ós que se refire este dereito.

Como xa se puido adiviñar, eses suxeitos serían, en palabras sempre do art. 2.1 do proxecto, os que “o sexan dunha relación funcional ou estatutaria ó servizo das distintas administracións públicas, e non só dunha “relación laboral”, como se podería pensar do termo “traballadores” que o art. 28.2 CE menciona en solitario. Por iso se fala de ampliación. Porque, efectivamente, se trata de que funcionarios e persoal “estatutario” dispoñan do mesmo dereito constitucional de folga cós traballadores propiamente ditos, é dicir, ós contratados ou dependentes, pois, como se sabe, o proxecto éo, e así o di o seu art. 1, dunha lei orgánica reguladora do exercicio do dereito de folga “recoñecido na Constitución”. Dise isto porque, desde 1984 –e sen esquece-lo precedente de máis de medio cento de sentencias da Sala 5ª do TS, a partir de 1982– non estaba claro que o “dereito de folga”, regulado sumariamente na LRFP fose o do art. 28.2 CE., pois, aínda coas inclusións pola LOLS de 1985 dos funcionarios como traballadores con dereito a sindicarse e do dereito de folga

como forma de “exercicio da actividade sindical” (arts. 1º.2 e 2.2.d), aínda a Sentencia do TC 99/1987, entendía que LRFP non podía desenvolver ó respecto o mencionado art. 28.2 CE, pois non era lei orgánica, de onde a razoable dubida de que “o seu” dereito de folga non fose o constitucional (o que, despois de todo, non deixa de ser insensato, ó admitirse así, aínda que indirectamente, a creación dun dereito de folga por unha lei non constitucional). Pero, co proxecto, a cuestión quizais se conclúa definitivamente; aínda que non de xeito ortodoxo, porque, como observou A. Olea, aínda se pode argumentar que, malia o seu rótulo de “orgánica”, a lei continúa a ser “ordinaria” en todo o relativo ós funcionarios, etc. É moi previsible, con todo, que o dereito de folga relativo a estes acabe por ser do mesmo rango có constitucional que se lles recoñece ós traballadores propiamente ditos, e con todas as súas consecuencias.

É imposible dar un xuízo definitivo sobre esta ampliación -que así resulta ser para os laboristas- subxectiva do dereito de folga. Pero quizais non o sexa ofrecer catro consideracións que axuden a formalo. Estas son: 1ª) o CLS da OIT declarou reiteradamente que a xeneralidade dos ordenamentos non lles recoñecen o dereito de folga ós funcionarios públicos; 2ª) o concepto de funcionario relacionouse sensiblemente, polo menos no noso país, como consecuencia do progresivo crecemento do número dos que reciben esa denominación, e de aí que tódolos que non exerzan funcións de “autoridade” se achen socioloxicamente próximos ós traballadores contratados; 3ª) das 16 actividades ou servicios que o art. 11.2 do proxecto cita como “esenciais da comunidade”, e suxeitas polo tanto a unha forte restricción das folgas que nelas se declaren, 13 polo menos, son atendidas por funcionarios públicos, e 4ª) o diferente réxime xurisdiccional ó que, en relación cos traballadores contratados, se someten os funcionarios públicos e asimilados, pode ocasionar unha ordenación peculiar do seu dereito de folga, só en parte amortecida polos previsibles criterios comúns que fixe a este respecto o Tribunal Constitucional.

## II.

### Titularidade do dereito e do seu exercicio

O proxecto non se refire para nada á titularidade do dereito de folga, senón, en todo caso, á dunhas facultades que enumera no seu art. 3.2, e que integran o que o 3.1 denomina “contido colectivo” dese dereito. Este contraporíase a outro que o artigo 2.3, cualifica de “individual”, pero a posibilidade non é viable, pois cando se examinen as facultades que integran este último, comprobarase que non son máis que unha “participación” –e a palabra emprégaa o artigo en dúas ocasións– do individuo no citado “contido colectivo” do dereito de folga. E é que se este inclúe a convocatoria da folga –coa elección da súa modalidade–, a súa “desconvocatoria” e a adopción das medidas necesarias para o seu desenvolvemento, aquel fai o mesmo coa participación nas actividades de preparación e de desenvolvemento da folga, a adhesión a esta unha vez que foi convocada, e a decisión de dar por rematada esa “participación”. Deste xeito, o chamado “contido individual” do dereito de folga tradúcese nunha simple liberdade para adherirse ou non ó exercicio das facultades que compoñen o “colectivo”, e que, no fondo, non é máis que a liberdade de traballo á que se refire o art. 7.2 do proxecto. Convén saber agora quen son os titulares desas facultades “colectivas”.

A este respecto, o art. 3.2 alude ás organizacións sindicais “máis representativas” ou “con presenza” no ámbito da folga, os órganos de representación que refire o título II do ET, é dicir, os comités de empresa ou delegados de persoal –co conseguinte esquecemento das “xuntas” e “delegados” nas “unidades electorais” da función pública (Lei do 12 de xuño de 1987)– e, por último, os traballadores dunha empresa ou centro de traballo, “cando así o decida a maioría dos mesmos”

Da consideración destes últimos titulares dedúcese claramente que, como ocorría xa no “contido individual”, o “colectivo” non pasa dun simple *flatus vocis*, pois a ningún se lle ocorre pensar que a colectividade de traballadores dunha empresa ou centro de traballo se pode constituir por unha decisión maioritaria en título de ningún

dereito; esa titularidade tense, quizais, porque así o sancione o ordenamento, pero non porque o decida a maioría duns interesados en adquirila. O que si se decide por maioría é o exercicio dese dereito nun momento determinado, de onde se deduce que a chamada titularidade do dereito de folga no seu “contido colectivo” sexa en realidade a titularidade do seu exercicio. Neste sentido, as organizacións sindicais que se mencionan, os representantes legais dos traballadores na empresa ou centro de traballo e estes mesmos, non son titulares de ningún “contido” do dereito de folga, senón do simple exercicio deste.

Con todo, a conclusión non é moi congruente co enunciado do art. 4.2 do proxecto, segundo o teor do cal, os convenios colectivos –e os “acordos e pactos” dos funcionarios– “poderán establece-lo compromiso de non recorrer á folga durante o seu período de vixencia”. Este compromiso, que, como se verá despois, se pode desvirtuar radicalmente coa aplicación do art. 5.1.b) *in fine* do proxecto, debe entenderse implícito en todo convenio; pero, en calquera caso, supón unha renuncia ó exercicio do dereito de folga, que só pode proceder dos titulares dese exercicio. Estes deberían entón coincidir exactamente cos lexitimados oficialmente por parte dos traballadores para negocia-los convenios que traducen aquel compromiso: e aquí é onde se produce o desaxuste, pois, agás a interpretación que os tribunais lle dean a este precepto, a coincidencia pode crebar en calquera dos convenios oficiais. Así, por exemplo, nos de empresa, centro de traballo ou unha división inferior, que, negociados como son polos representantes dos traballadores ou os sindicatos con implantación neses ámbitos, poden ter, sen embargo, a contrapartida de folgas declaradas directamente polos traballadores que actúan nos mesmos (aínda que non, paradoxalmente, a dunha folga de ámbito inferior á empresa, vetada no proxecto), salvo que deduzan outra cousa os tribunais da idea de cesamento “parcial” *ex art.* 2.1; así tamén, nos convenios supraempresariais que sexan negociados por unha coalición de sindicatos máis representativos, e en relación coa folga convocada por un deles. Non hai pois, como se ve, unha correspondencia substancial entre os titulares do exercicio do dereito de folga e os lexitimados para renunciar a ese exercicio me-

diante convenio colectivo, o que non deixa de ser unha incongruencia notable; aínda que, se se mira ben, a incongruencia é pola súa vez “congruente” con aquela independencia das colectividade en relación coas cales se poden exercer ámbolos dereitos: o de folga e o de negociación colectiva.

Pero o mesmo artigo que admite ese compromiso –no nº 2– prohíbe –no 1– outro en certo modo similar, posto que declara nulas as cláusulas dos contratos individuais ou as declaracións subscritas polo traballador “que supoñan a renuncia ó exercicio” ou “calquera outra restricción” do dereito de folga. Preceptos coma este son case unha cláusula de estilo na nosa lexislación, pero a súa redacción dista de ser afortunada, ó impedir unha renuncia individual que, pola contra, outros preceptos consenten, coma no caso visto da “participación” nos actos de folga que o traballador podía iniciar e suspender *ad libitum*. Esta liberdade de participación indica que o traballador pode renunciar ó que cabe denominar cota de exercicio do dereito de folga, o que indica pola súa vez que aquela cláusula contractual ou declaración de renuncia de ningún modo se refire a ese exercicio, precisamente por lle estar vedada. E é que ó que renunciaría con ela, sería á súa cota na titularidade mesma do dereito. Porque, en contra do que se repite continuamente, o dereito de folga non é de titularidade individual, senón colectiva: é un dereito que o traballador comparte con outros, e de aí que non poida renunciar a el sen defraudalos cotitulares. Por iso xustamente se lle impide a renuncia. Pero, ¿quen son eses titulares?

Neste punto, o proxecto non lle engade nada á vontade constitucional de asignarlle-lo dereito de folga ós “traballadores”, o que comporta, como sabemos, a inmuniidade de todos eles, é dicir, contratados e funcionarios, fronte ós despedimentos e demais sancións que o empresario ou a Administración lles poida impoñer conforme ó dereito ordinario ou a lexislación. Cómpre entón concretar esa asignación abstracta, pois é impensable que tódolos traballadores no sentido indicado, é dicir, os do territorio nacional, poidan asumir pola súa vez esa titularidade. Para iso, nada máis práctico que partir daquel precepto que recoñecía pola súa vez diversas titularidades para o exercicio do dereito de folga.

O caso máis simple é, sen dúbida, aquel no que o exercicio se decide pola maioría dos traballadores dunha empresa ou centro de traballo, pois entón, son estes os titulares do dereito que dese xeito van exercitar. A titularidade do dereito coincide así coa do seu exercicio, e de aí que non se precise de ningunha “convocatoria”, así chamada por se referir a un acto polo cal os titulares dese exercicio “convocan” os do dereito, para que pola súa vez, exerciten este, mediante a súa “participación” nos actos de preparación, desenvolvemento, etc., ós que se fixo referencia. Isto é xustamente o que ocorre no demais casos: que os sindicatos máis representativos ou con “presencia” ou implantación no ámbito do conflito, ou os representantes legais dos traballadores nas empresas ou centros de traballo, convocan os seus “representados”. É lóxico que sexa así, pois por algo os convocantes son “representantes” ou “máis representativos”. Aínda que esta representación non se confira polo procedemento xurídico da toma de poder, senón polo político dunhas eleccións, está claro que, no segundo caso, a elección é directa, e así, os elixidos por maioría como “representantes” dos traballadores na empresa ou centro de traballo convocarán á folga os seus electores, que eses son os compoñentes que integran a colectividade do persoal das mesmas. Esta resulta así o titular do dereito de folga que exercitan os seus representantes, e a elección, o título que lexítima ese exercicio.

Pero nos demais casos non ocorre igual, pois a colectividade que aparece como titular do dereito de folga, e que, neste sentido, resulta convocada ó seu exercicio, non elixiu en principio o seu convocante, que exerce, sen embargo, esa titularidade do exercicio, ben por ter obtido unha porcentaxe mínima de votos a nivel nacional ou de CA (10 ou 15), ben por reunir unha cifra de afiliados tamén reducida (ó redor do 25%) en relación cos traballadores eventualmente implicados na folga. Ocorre entón que, agás se estas minorías se volven maiorías, o dereito de folga dunha colectividade –neste caso, supraempresarial– exercítana os suxeitos non elixidos por ela, que carecen así do ordinario título de lexitimación para ese exercicio. Esta é a conclusión final da distinción que se tentou facer entre a titularidade do dereito de folga e a do seu exercicio.

#### IV.

### O apartado das folgas ilegais, abusivas ou ilícitas

Por último, o apartado destas folgas, que, como se sabe, non significan o mesmo, pero a consideración conxunta das cales se explica porque se inclúen nun mesmo artigo do proxecto: o 5.

A distinción arrinca da citada Sentencia do TC do 8 de abril de 1981 (Ord. 10), que, a propósito das folgas consideradas polo art. 7.2, R.D.-LRT, como “actos ilícitos ou abusivos”, declarou que a súa diferenza coas ilegais residía en admiti-la proba en contra da súa legalidade, precisamente por afectarlles unha presunción *iuris tantum* de ilegalidade, tal e como se considerará mellor máis adiante. Isto ocorre coas folgas rotatorias, as de “sectores estratéxicos” e as de celo ou regulamento. Pero convén comezar polas outras, é dicir, as “ilegais”. Delas, as dúas primeiras que menciona o proxecto, sono en razón do seu obxectivo; a terceira, polo xeito de se levar a efecto. Veñen así en primeiro lugar as “folgas que teñan por obxecto subverte-la orde constitucional”.

A isto quedaron relegadas as chamadas “folgas políticas”, nas que se adoitaba incluí-las que tiñan como destinatario principal o Estado –non como empresario, naturalmente–, ademais das que atentaban contra a comunidade social, ó privala de bens ou de servicios esenciais para a súa subsistencia. As primeiras aínda encaixaban na dicción do R.D.-LRT de folgas iniciadas ou sostidas por “motivos políticos ou con calquera outra finalidade allea ó interese profesional dos (...) afectados”. Pero dúas circunstancias contribuíron a invalidalas: 1ª) a de que, por desvincula-lo interese profesional da negociación colectiva, unha xurisprudencia desnortada entendese que certas folgas esixentes de cambios lexislativos, non eran políticas, xa que o seu obxectivo era precisamente promover-los intereses profesionais dos que as declaraban e executaban; e 2ª) a de que, efectivamente, o Estado as tolerase ata o punto de dar paso, tralo seu remate, a un acordo social cos axentes das mesmas, para prepara-los pertinentes proxectos de lei que acollesen os cambios esixidos. Verbo das folgas que privaban a comunidade de bens ou

de servicios esenciais, non só se inclúen nun apartado distinto do artigo –o c)– senón que se atopan sometidas a un complexísimo réxime descrito noutro capítulo do proxecto, o III; por esta razón só se considerarán moi brevemente cando proceda.

Dese xeito, as folgas para “subverte-la orde constitucional” preséntanse como un residuo –aínda que indispensable– da antiga categoría das “folgas políticas”, e de aí que non deixe de convírllle-la súa conexión co delicto de sedición relativo ás folgas declaradas “co fin de atentar contra a seguridade do Estado, prexudica-la súa autoridade ou perturba-la súa normal actividade” (art. 222 CP). Aínda que ámbolos textos cualifiquen as folgas que tipifican con base na súa intención (“co obxecto de...”, “co fin de...”), non é posible descarta-la posibilidade de folgas que causen de feito ese efecto “subversivo” que as caracteriza. Así, por exemplo, unha folga prolongada en tódolos servicios esenciais do país subverterá realmente a orde constitucional, aínda que os seus promotores negasen esa intención. Pero, neste caso, o concepto de “ilegal” que se lles adxudica vólvese abstracto, pois está claro que, fronte a elas, de nada serviría unha declaración de “ilegalidade” pronunciada polo tribunal competente nun xuízo entre privados, senón que requiriría unha acción directa e executiva do Goberno –a mecánica da cal se pode esbozar aquí– precisamente para impedir ou palia-la “subversión”, e do que o proxecto ofrece unha mostra case evanescente no seu art. 16 sobre certas “medidas” que a “autoridade governativa” poderá adoptar en relación precisamente coas folgas declaradas nos “servicios esenciais”: un residuo, como se ve, daquel concepto de “políticas”, que recibían. Está claro, pois, que o propósito ou a intención –en última instancia, o obxectivo– nestas folgas é pouco menos que irrelevante.

Obxectivo ilegal é tamén o que figura no apartado b) do mesmo art. 5.1 do proxecto, de “alterar durante a súa vixencia” o establecido nun convenio colectivo –ou acordo ou pacto dos funcionarios– ou nun *laudo arbitral*. Poucos preceptos máis estereotipados ca este, no sentido de non deixar de figurar en tódalas ordenacións dispostas sobre este tema, e poucos tamén máis ignorados, como demostra a ausencia practicamente total de xurisprudencia a este respecto. Todo isto ten que ver naturalmente



con aquela falta de coincidencia entre os lexitimados para exercer-lo dereito e para renunciar a el por convenio colectivo, e que non era máis ca un capítulo da máis xeral de entre as colectividades, respecto das cales se exercían os dereitos de folga e de negociación.

Desta confusión é unha manifestación máis, pero xa aberrante, a disposición do mesmo apartado b) sobre o feito de que non se considerasen “alteradoras” do convenio as folgas realizadas con motivo de reclamar unha interpretación do mesmo. O precepto transcribe case literalmente un temerario, por non dicir enlouquecido, *dictum* do Tribunal Constitucional na súa programática Sentencia do 8 de abril de 1981 (Orde 14). Porque é unha contradicción, case diría ontolóxica, o feito de que un tribunal, formalmente constituído como xuíz colexiado, renuncie e faga renunciar a outros a unha tarefa que, como a interpretación do dereito, está no miolo da función xudicial; e nada menos que para abandonala nas mans de quen podería ser parte nun litixio, constituído precisamente de conformidade co dereito. Porque o que vén dicir ese *dictum* e o correspondente inciso do proxecto que o transcribe é que os que propugnan unha interpretación do convenio, naturalmente por convirilles así ós seus intereses, non necesitan recorrer ó xuíz para impoñela, pois pódeno facer directamente pola forza da folga que vaian convocar. Semellante permisión supón un claro regreso a estadios xurídicos nos que se lexitimaba a violencia privada para facer vale-lo propio dereito, pero cunha desvantaxe aínda: que neles a conducta violenta podía ser desaprobada *a posteriori* polo xuíz, mentres que no actual resulta xa aprobada con anticipación pola lei. Son imprevisibles as secuelas que se poden derivar da aplicación desta permisiva regra, pero hai unha clara aínda que sexa lateral, isto é, a fraudulenta utilización para pretender, baixo a capa de interpretación do convenio, verdadeiras modificacións deste, co cal o precepto que a contén pode vir invalidar como por osmose o seu antecedente, en por si moi lesionado, sobre a ilegalidade das folgas para alterar durante a súa vixencia o convenio colectivo.

Como unha exclusión tamén da prohibición destas folgas, o mesmo inciso do apartado b) do artigo 5.1 declara, pola contra, legais as realizadas para “esixi-lo cumprimento do estipulado” –naturalmente no convenio–, así como pa-


ra “reivindicar aspectos non contidos neste”. Ámbalas dúas legalizacións tómanse tamén da Sentencia constitucional do 8 de abril de 1981 (Orde 14) –a primeira non exactamente–, cando afirma que nada impide a folga para “esixir reivindicacións que non impliquen modificación do convenio”; ou tamén, que é posible reclamar unha alteración deste “cando fose incumprido pola parte empresarial”. Respecto desta segunda, débese tratar dun incumprimento radical, pois, noutro caso, non se lle podería opoñer, como se lle opón, a folga a modo de *exceptio inadempti*, é dicir, un remedio tamén radical; á parte de que só procedería porque a súa emenda polos xuíces resultase un grave atranco pois, doutro xeito, non parece que se poida excluír a este respecto a “xurisdicción” destes.

E verbo da folga sobre materias non previstas no convenio, a súa licitude resulta xuridicamente irreprochable, se non fose porque, ó se tratar tecnicamente de conflitos para o complemento do convenio, non se pode excluí-la súa solución a partir do contexto normativo deste, ó que, dese xeito, pretende completar. O conflito podería ser, pois, de interpretación, pero xa se sabe que o proxecto legaliza a folga para forzar esta última.

Coas folgas que infrinxen “deliberada e gravemente o réxime legal ou convencional” para asegura-lo mantemento dos servicios esenciais da comunidade ábrese o capítulo das que resultan ilegais ou abusivas polo xeito ou maneira de efectualas. Por se tratar de temas considerados *in extenso* noutros capítulos do proxecto, non parece pertinente deterse sobre eles aquí; quizais só expresar respecto do primeiro que o réxime legal de execución da folga é o contido nos artigos 6 a 10 sobre preaviso, convocatoria e a súa execución, etc. E respecto do segundo, que supón unha desvirtuación do concepto tradicional de “servicios esenciais” pois non hai ningún destes que quede libre da convocatoria e execución de folgas; á parte de facilitarse a súa extensión a actividades que non son tan esenciais, co argumento de que, despois de todo, o dereito de folga só se impide nelas en relación con mínimos, é dicir, os “servicios mínimos”.

Quedan para o final aquelas folgas ilegais ou abusivas, ás que xa se aludiu a propósito da ampliación do concepto tradicional de folga no proxecto, e que este cita no seu ar-

tigo 5.2. Como xa se suxeriu entón, con estas folgas, o Tribunal Constitucional, a través da xa coñecida Sentencia do 8 de abril, pero tamén das 72/1982 e 41/1984, abéirase no criterio utilizado respecto das intermitentes, pero nunha orde inversa. É dicir, que se estas se presumían lícitas, a non ser que lle causasen un dano grave á organización productiva e fosen desproporcionadas en relación co sacrificio que lles reportasen ós folguistas, as efectuadas en sectores estratéxicos, as rotatorias e as de celo ou regulamento –concreta agora o proxecto– considéranse “actos abusivos e, de se-lo caso, ilícitos, sempre que supoñan unha grave desorganización da actividade productiva e un dano desproporcionado”. Esta inversión acúsase na carga da proba, de maneira que se nas intermitentes era o empresario quen debía proba-la desproporción e a desorganización grave na produción para acadala súa ilegalización, nas que se consideran agora son os traballadores os que probarán a inexistencia destes requisitos a prol de excluí-la súa cualificación como actos abusivos ou ilícitos.

A verdade é que resulta moi difícil concibir unha folga deses tipos que non desorganice a empresa e sexa pola súa vez “proporcionada”, pois é precisamente a desorganización a que revela a desproporción; comezando polas de celo, as consecuencias das cales resultan imprevisibles, pois non son “folgas” que deteñan o traballo senón que o incrementan. Pero tamén as “estratéxicas”, desproporcionadas por definición, como de feito reconece o Tribunal Constitucional cando fala do seu “efecto multiplicador”; e verbo das rotatorias, son en por si “desorganizadas” e ademais, “parciais”, como quere a xurisprudencia norteamericana e apuntou o meu colega Martínez Girón, pois non comprometen a tódolos traballadores, senón a grupos deles, que se alternan sucesivamente. E postos así, nesta “parcialidade”, ocrreseme para rematar que as folgas con ocupación da empresa, absoluta e deliberadamente silenciadas no proxecto, poderían encaixar ben nesta categoría, pois resultan incompletas na súa execución, ó non levar consigo o abandono do lugar de traballo que naturalmente se segue do cesamento deste. 

Miguel  
Beltrán  
Villalva

## A igualdade dos cidadáns ante as administracións públicas\*

Catedrático de  
socioloxía.  
Universidade  
Autónoma de Madrid

**A** cuestión da que me ocupo nestas páxinas ten, ó meu entender, unha importancia extraordinaria: a igualdade dos cidadáns ante as administracións públicas é esencial na mesma configuración e razón de ser do Estado moderno, tanto desde o punto de vista político (na medida na que a súa especificidade respecto do antigo réxime radica na eliminación dos privilexios vinculados á regulación da sociedade estamental), como desde o punto de vista ético, xa que a igualdade (polo menos a de oportunidades, que lexitima a desigualdade de resultados) rematou consagrándose como obxectivo moral de toda convivencia.

Non vou referirme aquí, sen embargo, á igualdade ou desigualdade xurídicas: desde o triunfo da *égalité* revolucionaria na erradicación dos privilexios ós que antes me refería, ata os logros feministas deste século contra as discriminacións establecidas por un dereito dictado desde

\* Publicado en *Opinión pública, vida cotidiana y desigualdades*, volumen VI de las *Actas del I Simposio sobre la igualdad y la distribución de la renta y de la riqueza*, Fundación Argenteria, Madrid, 1993.

a óptica masculina, a loita pola igualdade ante a lei percorreu un camiño espectacular, aínda que non poida considerarse aínda completo en moitos países. Pero aquí, como digo, non faremos cuestión dun asunto de tanto calado, e si en cambio do que poderíamos considera-la súa aplicación de feito e cotiá: a igualdade dos cidadáns no seu contacto e relación coas administracións públicas.

Pero non hai, como cabía esperar, rexistros oficiais dos que obter directamente unha información que puidese ser explotada de maneira inmediata sobre a condición dos cidadáns que conectan coas administracións públicas na "fronteira" que os anglosaxóns chaman *street level bureaucracy*, e do trato que reciben ou dos resultados que obteñen no dito contrato. Claro está que por vías indirectas e mediatas, e en determinados servizos e organismos, podería encontrarse información relevante da que deducir se a condición persoal dos cidadáns (ser novo ou vello, muller ou home, rico ou pobre, campesiño ou *urbanita*, desta etnia ou da outra, falando a lingua A ou a B, etcétera) ten, como presunta variable independente, algo que ver co acceso ás oficinas e ás dependencias públicas, co trato recibido nelas, e coa obtención dos bens e servizos ofrecidos polo sector público da economía. Pero tal investigación, que creo limitada pero posible, reborda con moito o propósito destas páxinas. De maneira máis modesta, e ó mesmo tempo máis xeral, o deseño da indagación orientouse desde o principio a obter información dos propios cidadáns sobre a imaxe que teñen de se a igualdade, de trato e de logros, preside ou non as súas relacións coas administracións públicas. O Centro de Investigacións Sociolóxicas, interesado no tema, levaría a cabo unha enquisa para este efecto, constituíndose nel un grupo de traballo que redactou un pequeno cuestionario sobre as cuestións mencionadas. Pero o Ministerio para as Administracións públicas, coñecedor do proxecto, impulsou unha maior amplitude nos seus obxectivos, de maneira que rematou configurándoo como unha enquisa sobre a imaxe social dos funcionarios. Os resultados obtidos non han de ser analizados aquí, pero si comentarei algúns datos correspondentes a preguntas formuladas conforme á proposta inicial á que me referín máis arriba.

A miña achega, pois, ó coñecemento das pautas de igualdade e desigualdade nas relacións dos cidadáns coas

administracións públicas é, polo tanto, pouco ambiciosa: na práctica límitome a apuntar un inventario das que creo dimensións relevantes do problema, e a provocar e comentar algún que outro dato procedente de antigas enquisas do Centro de Investigacións Sociolóxicas, así como da mencionada enquisa sobre a imaxe social dos funcionarios. E compráceme deixar constancia aquí da xenerosidade e amabilidade con que os devanditos datos me foron facilitados.

### 1. Actitudes en relación co Estado

A cuestión da igualdade ou desigualdade *de facto* dos cidadáns ante as administracións públicas é tanto máis importante para a lexitimidade política e para a estabilidade do sistema canto maiores sexan as expectativas verbo do Estado que alimenten os cidadáns. Isto é así porque as administracións públicas constitúen o rostro visible e cotiá do Estado, e é na “baixa política” como di con gracia Richard Rose, isto é, no tráfico de bens e servicios básicos entre as administracións e a xente, onde se produce o encontro dos cidadáns co Estado.

Pois ben, a peculiar cultura cívica dos españois respecto do papel que ha de desempeña-lo Estado, e polo tanto as administracións públicas, é dunha forte actitude de dependencia. En 1990 publiquei uns datos de enquisas sobre con cal das dúas frases se estaba máis de acordo (cifras porcentuais):

“O Estado é responsable de tódolos cidadáns, e debe ocuparse de tódalas persoas que teñen problemas”.

España (1988)	Francia (1985)	USA (1985)
75	44	26

“Os cidadáns son responsables do seu propio benestar, e deben ser eles mesmos os que se fagan cargo da situación cando teñan problemas”.

España (1988)	Francia (1985)	USA (1985)
23	49	74

Non saben ou non contestan.

España (1988)	Francia (1985)	USA (1985)
2	7	0

Total

España (1988)	Francia (1985)	USA (1985)
100	100	100

Fonte: Francia e Estados Unidos, Sondaga BVA-Expansión; España, sondaxe de Demoscopia: Cfr. *El País*, 16 de outubro de 1988.

Os españois, dicía eu daquela e repítoo agora, temos unhas expectativas respecto do Estado moitísimo maiores cós norteamericanos e moito maiores cós franceses. Só un de cada catro españois cre que cada cal debe intentar arranxarse por si mesmo, mentres que iso o pensan dous franceses e tres norteamericanos de cada catro. E as tres cuartas partes dos españois cren que o Estado se debe ocupar de tódolos que teñen problemas. Co que se dá un extraordinario contraste entre a nosa común actitude de esperalo todo do Estado, acudindo a el para lle buscar remedio a calquera dificultade, e a nosa ben coñecida visión alienada e distanciada do mesmo, como algo alleo e afastado que nos molesta: unha cousa externa e desagradable, quizais necesaria como o é unha prótese, pero sempre artificial e incómoda.

Outros datos recollidos polo Centro de Investigacións Sociolóxicas entre 1985 e 1988, tamén coa opción entre as dúas frases que foron transcritas (xa que hai unha versión tricotómica da pregunta, ó meu xuízo practicamente inútil), son quizais menos alarmantes en relación coa grande dependencia do Estado (pois non se sobrepasa o 68 por 100 de acordo coa primeira frase), pero en cambio amosan unha menor proporción de persoas que se senten non dependentes (a porcentaxe dos que din estar de acordo coa segunda frase non supera en ningún dos anos para os que hai datos o 20 por 100).

Así pois, para uns cidadáns cunha cultura cívica tan dependente (ou tan pouco independente, se se prefire) da acción pública, ha de resultar de extrema importancia a experiencia da igualdade ou desigualdade ante as administracións públicas, coas consecuencias que antes se apuntaban, relativas á lexitimidade que lles outorguen ás institucións públicas, e en xeral, ó sistema político.

Pois ben, ante todo hai que contar cunha desigualdade estrutural, de acceso ós servizos públicos, imposta pola distribución territorial das axencias públicas, que poderá ser racionalizada e paliada en certos aspectos, pero nunca eliminada. Vexámolo de maneira sumaria.

## 2. *O mapa dos servizos públicos*

Aínda que o propio da acción pública é ofrecer prestacións de bens e servizos públicos en todo o territorio e a tódolos cidadáns, non é concibible unha distribución da oferta que chegue literalmente nas mesmas condicións a tódolos puntos xeográficos: non poderá haber universidades en tódolos municipios, e nin sequera en tódalas provincias. Non poderá haber un hospital en cada un dos oito mil municipios españois, e nin sequera haberá médico en boa parte deles (aínda que se logre unha atención sanitaria racional e eficiente para tódolos cidadáns).

En resumidas contas, o acceso a determinadas prestacións está inevitablemente suxeito a discriminacións en razón da súa localización territorial: o acceso inmediato ós servizos, do tipo que sexan, non pode ser universal. O Estado pode garanti-lo acceso de todos a, por exemplo, un diagnóstico por resonancia magnética (sempre que sexa axeitadamente prescrito), pero nunca en calquera punto do territorio. E será inxenuo ignorar que a discriminación territorial, que é estrutural e obxectiva, constitúe tamén unha forma de discriminación social. Non tódolos cidadáns teñen, por razón do seu domicilio e de localización das instalacións públicas, igual acceso á acción pública. ¿Que pode facerse ó respecto?.

Ante todo, saber con exactitude como é o despregue territorial dos lugares ós que os cidadáns acoden a obter os bens e servizos que lles ofrece a acción pública (ou a cumprilas obrigas que a súa condición lles impón, sexa paga-los impostos ou renova-lo Documento Nacional de Identidade). Tal “mapa de servizos e prestacións” tería a virtude de facer patente a discriminación que os habitantes de certas zonas xeográficas padecen pola menor densidade de presenza pública á que teñen acceso, así como, noutro punto, as duplicacións ou multiplicacións innecesarias de servizos que poderán ser distribuídos máis axeitadamente. E con iso está dito que a partir do “mapa de servizos” en cuestión se podería abordar unha maior racionalidade na distribución xeográfica das prestacións, que atenuase unha desigualdade inevitable que só se pode paliar.

Está claro que hai moitos servizos públicos, a distribución territorial dos cales está coidadosamente pensada:



por poñer un exemplo alleo ás administracións públicas en sentido estricto, valla o da administración de xustiza. Pois ben, trátase de revisar criticamente a distribución territorial da acción pública para corrixir no posible a desigualdade na inmediatez do acceso (para o que, no mellor dos casos, sempre haberá unha desigualdade de tempo e de gasto no desprazamento).

### 3. A igualdade de trato

Pero esquecémo-la inevitable (aínda que racionalizable) desigualdade de acceso derivada da distribución territorial das axencias públicas, e vaíamos a unha cuestión básica: se os cidadáns reciben un trato igual no seu contacto coas administracións públicas ou se, pola contra, se producen tratamentos diferenciais, discriminatorios, que máis alá das veleidades subxectivas se perciban como regularidades ou pautas que poñan de manifesto que os cidadáns non son iguais ante as administracións públicas.

Ó meu xuízo, este fenómeno pode estudiarse por distintas vías, desde a microsociolóxica da observación participante (coas dificultades propias do caso), á macrosociolóxica e cuantitativa da enquisa, ou, claro está, a que utiliza técnicas de investigación cualitativas. Nesta ocasión optei pola enquisa, se ben entendo de que o que se logra con ela é tan só a imaxe ou desigualdade de trato que caracteriza a experiencia das súas relacións coas administracións públicas: obtense, pois, a súa definición da situación (que, se corresponda ou non coa realidade, produce efectos, como é ben sabido).

Nas administracións públicas, ¿tratan a todo o mundo igual, ou a uns mellor que a outros? Permitíndeme comezar con algúns datos obtidos para outras investigacións anteriores. Desde 1984 a 1992 o Centro de Investigacións Sociolóxicas fixo en sete ocasións, e con distintos motivos, a seguinte pregunta: “polo que Vde. sabe ou oíu, ¿cre Vde. que os inspectores [de Facenda] tratan a todo o mundo por igual, é dicir, cos mesmos criterios, ou que depende da persoa coa que tratan?, Pois ben, as repostas ofrecen unha imaxe fortemente negativa, toda vez que a opinión que testemuña en favor do trato igual non pasou nunca do tercio dos que responderon, en tanto que os que

“saben ou oíron” que hai trato desigual ou acepción de persoas que se sitúan nas sete ocasións entre o tercio e a metade dos que responderon, sendo sempre máis os que afirman a existencia de trato igual. E é de destacar que a porcentaxe dos que non saben ou non contestan se mantén estable entre o 30 e o 32 por 100. Sobra dicir que o dominio das respostas que afirman a existencia de acepción de persoas no trato dos inspectores de Facenda non significa de ningún modo que as cousas sexan efectivamente así, tanto menos na medida en que só un 5 por 100 dos que responderon foron inspeccionados nestes últimos anos (polo que a inmensa maioría dos que responderon fala só “de oídas”). O que tales cifras significan non é máis que o que din: que entre un tercio e a metade dos entrevistados cren que na actividade pública mencionada non se trata a todo o mundo por igual.

Pero vexamos outras opinións, referidas esta vez non á Administración pública propiamente dita, senón á xustiza. Entre 1983 e 1992 o Centro de Investigacións Sociolóxicas fixo tres veces a seguinte pregunta: “Dígame se está máis ben de acordo ou máis ben en desacordo coa seguinte frase: `Nos xuízos penais, os xuíces españois soen xulgar de forma imparcial, sen ter en conta a condición social dos acusados´. Pois ben, estiveron máis ben de acordo a vez que máis, o 48 por 100 dos entrevistados, e a vez que menos o 27 por 100 dos entrevistados; e estiveron máis ben en desacordo a vez que menos o 30 por 100 dos entrevistados, e a vez que máis o 55 por 100 dos entrevistados. Os que non saben ou non contestan oscilaron entre o 18 e o 24 por 100. En resumo: das tres veces en que se fixo a pregunta, foron dúas veces maioría os que cren na imparcialidade dos xuíces penais, aínda que na ocasión en que foron máis os que teñen a imaxe da parcialidade chegaron ata o 55 por 100. Débese repetir que isto non quere dicir que as cousas sexan así, senón só que hai unha determinada porcentaxe de persoas que cre que son así. E temo que esta visión ou imaxe pesimista da xustiza penal, compartida por tantos cidadáns, vese confirmada na contestación a outra pregunta, feita, polo menos, en 1992, e na que se podía dicir se estaba de acordo ou en desacordo coa frase “ante a xustiza todos somos iguais”: amosouse de acordo só o 32 por 100, e en desacordo o 52 por 100 (eludindo a resposta o 15 por 100).

Vexamos xa algunhas opinións recollidas pola enquisa verbo da imaxe social dos funcionarios, do Ministerio para as Administracións Públicas, na que se preguntaba: “Diría Vde. que normalmente nas oficinas da Administración os funcionarios tratan a tódolos cidadáns da mesma maneira ou soen establecer distincións en función do nivel social ou cultural dos cidadáns?”.

Pois ben, só o 24 por 100 opinou que se practicaba a igualdade de trato discriminatorio (sendo algo máis benévolo os habitantes de Madrid e Barcelona, e as mulleres; e sendo máis críticas as persoas ente 25 e 54 anos, e as que teñen máis estudos; a autolocalización do espectro político non ofrece, en cambio, unha pauta clara). Así pois, e das respostas manexadas ata o de agora, son os funcionarios en xeral os que saen peor parados na valoración do trato que lles dan ós cidadáns: peor cós inspectores de Facenda e cós xuíces.

E non palía o negativo da imaxe o feito de que os entrevistados lles atribúan nunha pregunta idéntica á anterior a práctica de establecer distincións en función das condicións sociais ou culturais dos clientes ó 65 por 100 dos empregados das grandes empresas privadas (como bancos ou compañías eléctricas), ou que nunha pregunta diferente, na que se pedía comparar directamente os funcionarios cos empregados das grandes empresas, o 52 por 100 manifesta que cría que os funcionarios eran igual ou máis imparciais cós empregados, en tanto que só o 41 por 100 pensaba que os funcionarios eran menos imparciais ca aqueles. O feito é que, considerando en situación máis ou menos favorables, os funcionarios en relación cos empregados das grandes empresas, a imaxe discriminatoria que os primeiros sofren segue sendo compartida por unha proporción moi grande de persoas: máis de dous de cada tres entrevistados.

Agora ben, ¿os que sofren esas distincións por causa do seu nivel social ou cultural? ¿Quen son os que nas oficinas públicas reciben peor trato cós demais cidadáns? Máis da metade dos entrevistados responden que “os xitanos” (o 63 por 100), “a xente de clase baixa” (o 54 por 100), e “as persoas analfabetas ou con menor nivel cultural” (o 53 por 100). Por suposto, non todo mundo está de acordo con esas opinións: entre algo menos de un cuarto e algo máis de un tercio dos que responderon din

expresamente que os tres grupos mencionados reciben nas oficinas públicas igual trato có resto dos cidadáns. Pero de novo non se trata aquí de ofrecer opinións contrarias que reduzan, por así dicilo, a dimensión negativa da imaxe ofrecida: o certo é que, como se dixo, máis da metade dos entrevistados cren que os xitanos, a xente de clase baixa e os analfabetos son tratados nas oficinas públicas peor có demais.

Reciben, en cambio, mellor trato que o resto dos cidadáns “os familiares e coñecidos dos funcionarios” (así o cre o 86 por 100), “a xente de clase alta” (na opinión do 71 por 100), e “as persoas cun alto nivel cultural” (segundo o 63 por 100). Esta é, de novo, a opinión da maioría, que expresa a imaxe dunha administración deferencial na que se atende mellor á xente culta e de clase alta có xitanos, analfabetos e xente de clase baixa, imaxe adobada coa imputación de “*familismo amoral*” e “*amiguismo*” ós funcionarios.

Nesa mesma vea de sensibilidade ás relacións particularistas, máis dun setenta por cento dos entrevistados cren que hoxe en día segue sendo importante coñecer alguén dentro da oficina, ou ter un enchufe, para que o atendan a un ben na Administración. Ben é verdade que máis do 80 por 100 manifesta estar convencido de que se ha de ir a unha oficina pública facer calquera xestión recibirá o mesmo trato cá maioría dos cidadáns. Observárase que sete de cada dez entrevistados cren que o particularismo segue vixente, e tamén que, ó mesmo tempo, oito de cada dez non esperan recibir peor trato cá maioría: na miña opinión ámbalas dúas crezas non son contradictorias, xa que se refiren a fenómenos diferentes (particularismo e discriminación respectivamente), ademais de que no primeiro caso os entrevistados se remiten ó que cren que lles pasa ó demais, e en segundo lugar ó que lles sucede a eles. En todo caso, creo que debe destacarse o forte compoñente negativo que na miña opinión ten o dato de que só o 80 por 100 dos entrevistados crean que serán tratados como a maioría cando vaian a unha oficina pública a xestionar algo: o 16 por 100 cre que ten poucas ou ningunhas probabilidades de recibilo mesmo trato cá maioría dos cidadáns (e o 4 por 100 que queda, non consta).

O cuestionario da enquisa vai máis alá, e non se con-

tenta con obter crenzas verbo do grao de discriminación existente, senón que pregunta: “¿nalgunha ocasión sentiuse Vde. vítima dun trato persoal discriminatorio por parte dos funcionarios que o atenderon? É dicir, ¿pensa Vde. que o trataron peor que á maioría dos seus concidadáns?” Pois ben, o 87 por 100 contesta que non, en ningunha ocasión, e é só o 11 por 100 o que contesta afirmativamente (hei de insistir: non se limitan a dicir que fosen tratados mal, senón que recibiron un trato discriminatorio, peor có recibido pola maioría da xente). Preguntadas estas persoas pola súa opinión sobre as razón polas que foron tratadas de maneira discriminatoria, ó se-la pregunta aberta recolléronse respostas que poñen de manifesto un mal funcionamento da Administración, ou simple incompetencia (como subministrar información deficiente, amosa-los funcionarios falta de profesionalidade, prestar pouca atención ou mal servicio, etc.). Un trato discriminatorio propiamente dito só se atopa nas seguintes causas: recibiron peor trato có que recibe a maioría da xente por causa das súas ideas políticas (o 3 por 100 dos que afirman ter sido discriminados), do seu idioma (o 1,5 por 100 da dita base), da súa presenza ou aspecto (o 6 por 100), ou da súa situación social (tamén un 6 por 100). En total, presentan causas de trato inaceptable que poden cualificarse propiamente de discriminatorias tan só o 16,5 por 100 do total que manifestou padecer discriminación. Ou, por dicilo en números absolutos, só coenta e catro persoas das 2.050 que constituíron a mostra. Non trato de minimizar ou de lle quitar importancia a conductas que si son reprochables en calquera persoa desde o punto de vista ético, son intolerables nun servidor público e inconcebibles nunha oficina da Administración; senón só situar na súa axeitada dimensión (menos do 2 por 100 do total da mostra) as experiencias de discriminación propiamente dita que afirman ter sufrido os entrevistados.

#### 4. A igualdade de logros

Ata aquí ocupámonos da que chamamos “igualdade de trato”, e nela só do seu aspecto máis serio, ou grave, relativo á discriminación ou acepción de persoas no contacto dos cidadáns coas administracións públicas (xa que

poderá sen dúbida atenderse tamén a unha dimensión “trivial” da igualdade de trato, episódica e dependente das veleidades do bo ou mal humor dos servidores públicos ou dos cidadáns). Pero non acaban aquí as cousas, senón que resulta imprescindible preguntarse (e preguntar) pola igualdade ou desigualdade de logros que experimentan os cidadáns nas súas relacións coas administracións públicas como usuarios ou demandantes de bens e de servizos. E non me refiro aquí á simple obtención do Documento Nacional de Identidade ou do pasaporte, dunha licenza de caza ou pesca ou dunha certificación de estudos, etcétera, que son, en efecto, “logros” de tramitación máis ou menos laboriosos de conseguir, e con frecuencia esixidos pola propia Administración: as relacións entre cidadáns e oficinas públicas derivadas de tales cousas, entendendo que poden moi ben ser analizadas no ámbito da igualdade de trato que antes dicíamos. Aquí refírome a logros de entidade substantiva, importantes para a vida cotiá do demandante, como sucede coa obtención de praza nunha gardería pública, nun colexio, na facultade na que se desexa estudar ou nunha residencia pública de anciáns, ou coa obtención dunha bolsa, dunha subvención, dunha contrata ou subministración pública, ou dunha vivenda de promoción pública. E para non comezar tódolos exemplos coa palabra obtención (que sen dúbida é a apropiada cando se trata de lograr algo), son da opinión de que o levantar unha carga impositiva xusta forma tamén parte da igualdade de logros á que veño facendo referencia. E posto que acabo de mencionalo problema da xustiza impositiva non será malo comezar por el.

Entre 1985 e 1992, o Centro de Investigacións Sociolóxicas fixo nove veces en diferentes enquisas a seguinte pregunta: “En termos xerais, ¿diría Vde. que en España os impostos se cobran con xustiza, isto é, que pagan máis os que máis teñen, ou non o cre así?”. Ante todo quixera destaca-la pulcritude da pregunta: creo que nela se evita coitadosamente que apareza a cuestión, para algúns espíñenta, da progresividade do imposto, e só se formula a cuestión en termos de volume absoluto, de sorte que o “ter máis” implique “pagar máis” que quen “ten menos”, sen implicar proporcionalidade ou progresividade. Pois ben, cren que en España os impostos se cobran con xustiza (no elemental sentido dito) entre o 14 e o 22 por cen-

to dos que responden ás nove enquisas; e non cren así entre o 61 e o 75 por cento: nas nove ocasións son maioría os pesimistas (e sempre hai quen non sabe ou non contesta entre o 11 e o 14 por cento dos entrevistados). Por desgracia tales datos non supoñen ningunha novidade, pois ademais destas enquisas do Centro de Investigacións Sociolóxicas leváronse a cabo outros moitos estudos ó respecto, dos que non é difícil deducir que o problema non residiría tanto no carácter discriminatorio dun sistema impositivo que tratase de maneira desigual as distintas clases de renda (sexan cales fosen as ditas clases e as razóns polas que puidese estimar xusta ou inxusta tal diferenza de trato), coma no ocultamento e evasión fiscal, que ademais de ser importante se distribúe de maneira diferencial entre as distintas clases de renda (e de aquí unha queixa tradicional dos perceptores de rendas de traballo). Pero baste con consignar aquí a importancia que ten o feito de que entre case dous de cada tres, e tres de cada catro entrevistados crean que o noso país da xustiza non preside o sistema impositivo, e imos xa coa igualdade de logros.

O cuestionario da enquisa do Ministerio para as Administracións Públicas sobre a imaxe social dos funcionarios formulaba a seguinte pregunta sobre a cuestión da igualdade de logros: "Con independencia do trato persoal que puidese recibir por parte dos funcionarios, ¿considera Vde. que nalgunha ocasión unha resolución ou decisión da Administración foi inxusta ou o prexudicou en comparación con persoas que se puidesen atopar na súa mesma situación?". É importante sinalar que as últimas palabras da pregunta son fundamentais para o que aquí nos interesa, xa que a situación de desigualdade se produciría precisamente "en comparación con persoas que se puidesen atopar na súa mesma situación". Dirase, e con razón, que tal comparación ha de ser extremadamente difícil de facer, aínda que só sexa por requirilo manexo dunha información fáctica e xurídica que non está ó alcance de calquera. Haberá que lembrar, sen embargo, que coa enquisa se pretende tan só identifica-la existencia e amplitude de estados de opinión, de imaxes da realidade que non han de confundir coa realidade mesma.

Pois ben, o 13 por 100 dos interrogados afirmaron sufrir unha resolución inxusta da Administración, prexudi-

cial en relación coas obtidas por outro cidadáns que, ó seu xuízo, se atopaban na mesma situación ca eles. Tales entrevistados, que manifestan ter sido discriminados respecto doutros cidadáns na obtención dalgunha pretensión administrativa sinalan, de acordo coa tabulación da correspondente pregunta aberta, as queixas e reclamacións, o pago de tributos, a obtención de prestacións por desemprego, as obrigas coactivas xerais e as prestacións en materia educativa, así como os ámbitos en que experimentaron a maior parte dos actos discriminatorios a que se refiren (acumulando entre tódalas categorías mencionadas máis do 60 por 100 dos casos en cuestión). En resumo, unhas 300 persoas sobre un total de 2.500 entrevistados din que sufriron unha resolución inxusta da Administración que os prexudicou e discriminou en relación con outras persoas na súa mesma situación; non se trata aquí de valorar se son moitos ou poucos os que se senten así danados, nin de formular ningunha conclusión sobre a xustiza das resolucións administrativas ou do grao de igualdade ou desigualdade de logro que poida existir na acción pública, pero si é unha vez máis o momento de insistir en que esta é a definición da situación que fan os interesados, sexa cal for a realidade obxectiva á que remitan a súa experiencia.


### ***5. Conclusión para deixar aberto o tema***

Na indagación levada a cabo verbo da igualdade dos cidadáns ante as administracións públicas non pode dicirse sequera que quedase explorada a cuestión de maneira satisfactoria: son necesarios máis estudos descritivos, macro e microsociolóxicos, e ir máis alá da primeira e ruda aproximación ofrecida pola técnica de enquisa (que gravita en exceso sobre as imaxes que os cidadáns teñen ó respecto, tributarias á súa vez tanto da realidade como dos tópicos ó uso).

En todo caso, creo que merecería a pena afondar na cuestión da discriminación deferencial e do particularismo, que poden estar reproducindo no contacto entre Administración pública e cidadáns certas pautas sociais máis arraigadas do que nos gustaría crer. Tamén parece urxente examinar con detalle ata que punto as ideas políticas



ou a lingua utilizada poden estar provocando resultados lesivos para determinar persoas nas súas demandas de bens e servicios ás administracións públicas. Trátase, en definitiva, de ver que fundamento real lle ofrece a actuación das administracións públicas á imaxe de trato pouco igualitario que moitos dos datos manexados revelou.

E non quero deixar de insistir en que, calquera que sexa o dito fundamento real, a existencia xustificada ou non de tal imaxe é en si mesma un problema de importancia considerable: se entre os españois predomina unha imaxe negativa da igualdade de trato ou de logro na simple relación persoal cos funcionarios, nas tramitacións burocráticas, na obtención dos bens ou servicios ofrecidos polo sector público da economía ós que creamos ter dereito, nas queixas, recursos ou reclamacións que formulemos, e non digamos nas inspeccións de Facenda, na xustiza penal ou na repartición da carga tributaria (como vimos), ha de lembrarse que tal imaxe negativa é tanto máis grave (máis deslexitimadora e desmoralizadora) canta maior importancia teña para nós o apoio do Estado e das súas administracións públicas: e xa vimos que a devandita importancia era para nós moi grande. 

Claro J.  
Fernández-Carnicero  
González

## La región como espacio político: nacionalismo y regionalismo en los Estados contemporáneos

Lerrado de las  
Cortes Generales

“Vivía yo en Francia junto con una persona que me es profundamente querida. Con frecuencia esa persona hablaba de Italia a amigos franceses. Pero hablaba de Italia de una manera extraña. Creía estar hablando de Italia, pero en realidad, de lo que hablaba era de una parte de Italia, solamente de Roma, y, más aún, de un barrio de Roma, aquél en el que había nacido, cerca de la fuente de Trevi. Hice observar a esta persona, para mi tan querida, que una cosa tan grande como Italia no se reduce solamente a nuestros recuerdos, a nuestros afectos, a nuestros intereses personales”.

Alberto Savinio, “Nueva Enciclopedia”,  
Nacionalismo II.

### I.

En el análisis que del Estado contemporáneo hacen la Ciencia Política y el Derecho Constitucional, suele ser común y hasta clásica, la coincidencia en verificar la cri-

sis y renovación de la articulación del poder político en su territorio o escenario; ello con independencia del modelo de Estado (unitario o federal) y de las causas concretas de este desajuste, causas que son siempre singulares y específicas en cada comunidad política.

Esa singularidad o especificidad de los procesos de ajuste poder-territorio hace difícil un tratamiento sistemático o global de los mismos y explica la equivocidad e insuficiencia de las categorías científicas y de los lenguajes ideológicos.

Desde el Renacimiento hasta el último tercio de este siglo, el Estado ha sido la Comunidad Política por antonomasia, el espacio propio del poder.

La emergencia de la Nación, en el siglo XVIII, como sujeto y protagonista político de ese espacio vino a consagrar y a fortalecer lo que en el Antiguo Régimen era sólo la proyección regaliana de la sombra del Monarca.

Hasta nuestros días llegan estas palabras de Edmund Burke, en su discurso a los electores de Bristol, al defender el mandato representativo, aquel jueves 3 de noviembre de 1774: "El Parlamento no es un congreso de embajadores que defienden intereses distintos y hostiles, intereses que cada uno de sus miembros debe sostener, como agente y abogado, contra otros agentes y abogados, sino una asamblea deliberante de una nación, con un interés: el de la totalidad; donde deben guiarnos los intereses y prejuicios locales, sino el bien general que resulta de la razón general de todo".

En la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789, que racionalizó la ruptura inicial con el Antiguo Régimen formulada por la Declaración de Virginia de 1776, se nos dice que "el origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación". La Constitución de Cádiz, en un contexto político menos vigoroso, por haber evitado la quiebra frontal del régimen anterior, se hizo eco de ese principio (artículo 3), tras proclamar la unidad personal de la Nación española, al definirla como reunión de todos los españoles de ambos hemisferios (artículo primero).

Pero el principio de soberanía nacional tenía una consecuencia inmediata: la ley es la expresión de la voluntad general, ante la que todos los ciudadanos son iguales (art.

6º de la declaración de derechos de 1789, sin correspondencia concordante precisa en la Constitución de Cádiz).

Ese doble protagonismo, de la *Nación* como sujeto político y de la *ley* como pauta de conducta homogénea para todos los ciudadanos, contribuyó no sólo a la consagración de la burguesía o tercer estado como clase predominante sino, sobre todo, supuso la reducción a simetría racional, por influencia de Rousseau, del universo pluriforme, territorial y personal, del Antiguo Régimen. El triunfo del jacobinismo, reforzado después por el centralismo napoleónico, con Códigos comunes y una división administrativa homogénea del territorio del Estado, significó un desplazamiento del espacio político de voluntades e intereses particulares (el nunca definitivamente exhausto eco de los cuerpos intermedios), los cuales en nuestros días, al cabo de dos siglos, reaparecen bajo una u otra forma de articulación de la sociedad civil.

Si, por principio, la realidad de los pueblos es asimétrica, esta asimetría es irreductible en aquellos países que, como el nuestro, se han construido a partir de la unión personal de Reinos en la Corona y, en consecuencia, sobre el pacto múltiple. España, las Españas, como también se enunciaba esta realidad política hasta bien entrado el siglo XIX, no ha conocido rupturas políticas que hayan consolidado el protagonismo de la Nación española. Aquí, entre nosotros, la Revolución Francesa se vió como un desafío nefando al orden natural o legítimo de la que luego se llamaría "Constitución interna". Sus ecos nos llegarían mitigados por un reformismo medroso, fiel antes a la inercia histórica que a la razón política. Por eso nuestro liberalismo, tan lleno de primicias léxicas (como el término liberal, puesto en circulación en el Cádiz de las primeras Cortes constitucionales), estuvo marcado por la debilidad en su proyección política real.

Esa debilidad se hizo crónica en el siglo XIX por la brevedad de los paréntesis de progreso político y la emergencia de la violencia civil, sobre todo con las guerras carlistas en las que se enfrentaron la razón liberal, centralizadora, y la tradición legitimista, fiel a la singularidad fuerista.

Esta aproximación a la historia, a modo de preámbulo de mi exposición, resulta inevitable para entender co-

rrientes políticas, como el regionalismo y el nacionalismo, fruto circunstancial del devenir histórico y marcadas por una difusa articulación ideológica.

Porque la región no accede a la categoría de espacio político, desbordando con ello el carácter de mera división administrativa (para la gestión de intereses económicos en el mercado de una política de ordenación del territorio) como consecuencia de una ideología homogénea y congruente con un corpus doctrinal autónomo. Su emergencia se debe más bien, insisto a circunstancias históricas concretas, distintas de un país a otro.

Así, en España, por ejemplo, el caso de Cataluña es incomprendible sin un análisis, riguroso en lo posible, de la historia. De ésta pueden destacarse dos hechos políticos relevantes: la revuelta de 1640 y los Decretos de Nueva Planta de Felipe V.

Simón Tarrés, en la obra colectiva "la Monarquía hispánica en crisis" de J. H. Elliott y otros (Ed. Centre d'Estudis d'Història Moderna, P. Llierre Vilar, Ed. Crítica 1992) ha estudiado la crisis de 1640, en la que se planteó abiertamente la articulación político-constitucional de Cataluña en el Estado español. Hoy parece que debería someterse a revisión la interpretación que Ferrán Soldevila dio de la Guerra dels Segadors, según la cual ésta fué provocada por un aristócrata andaluz, el Conde Duque de Olivares, con el fin de imponer su ideal castellanista y unificador. La visión parece fruto del más puro historicismo romántico y ha acabado siendo parte de las tradiciones del catalanismo político. Lo que sí es cierto es que de la crisis surgiría el llamado pactismo político, no como ideología, en sentido estricto, sino como práctica política posibilista, en defensa del interés general de Cataluña y de los intereses particulares de distintos sectores económicos y sociales.

De los Decretos de Nueva Planta, el efecto más negativo fue sin duda la quiebra de la continuidad de las instituciones catalanas, principalmente de la Generalidad.

Como el tiempo es limitado, pondré mi mayor esfuerzo en tratar de entender ese espacio político principalmente en el contexto que nos es más próximo, el de los pueblos de España, por recoger la expresión del preámbulo constitucional.

El que nacionalismo y regionalismo no sean propiamente ideologías, en cuanto sistemas cerrados, o representaciones lógicas de la realidad, no quiere decir que no tengan una conexión o vinculación con diversas ideologías que integran, a su modo, uno y otro fenómeno. A mi juicio, esta conexión con otras ideologías, no condiciona sus programas o reivindicaciones sustantivas, realmente determinantes de su presencia política. Esta sólo se da en situaciones excepcionales de transición política o de crisis de Estado, en las que la debilidad de las fuerzas políticas estatales permite que los nacionalismos y regionalismos alcancen un reconocimiento autónomo en las instituciones democráticas.

La crisis del Estado puede deberse tanto a su participación o compromiso en proyectos de integración internacional o supranacional, como al reconocimiento de poderes políticos derivados o infraestatales, articulados constitucionalmente con arreglo a principios federales o regionales. En este segundo orden de causas cabe decir también que la dificultad cada vez mayor de gestión de una creciente presencia del Estado en la sociedad obliga a éste a acudir al auxilio de nuevos entes territoriales, pasando así del *Estado complejo* al *Estado compuesto*, en el que nacionalismo y regionalismo encuentran su hora.

Si volvemos la mirada a España, un ejercicio sin duda inevitable, es evidente que nuestro país ha asumido ese doble reto exterior e interior. La doble apuesta pone en crisis, por anacrónicos, tanto el macronacionalismo, o "nacionalismo españolista", como los micronacionalismos, tardonacionalismos o nacionalismos periféricos, que tratan de reproducir miméticamente los atributos o signos del poder del viejo Estado-Nación, ya desbordado por la historia. Ese viejo Estado, el nuestro, marco jurídico-político de culturas e identidades diversas, desde su origen hace 500 años, se acerca a los umbrales del tercer milenio, como aquél viejo galeón de Salgari que, tras surcar todos los mares del mundo, llega a puerto para calafatear su casco y enderezar su arboladura. Importa ahora, si se me permite seguir con la metáfora, que la tripulación que comparte el mismo rumbo, desde uno u otro camarote, sea solidaria en esta nueva singladura.

En la mayoría de los países europeos que, para simplificar, podríamos considerar sujetos al influjo francés, la transición del Antiguo al Nuevo Régimen se hace cambiando la piel, lo que no quiere decir que el cambio fuera sólo epidérmico. Del absolutismo se pasó al nacionalismo y el súbdito se convirtió esencial y colectivamente, en soberano.

Dentro de ese primer nacionalismo, el concepto de nacionalidad se formula ajustado a la ideología política liberal, un testimonio clásico sería el de Mancini en Italia, con su ensayo "De la nacionalidad como fundamento del Derecho de Gentes" (1861). En esta corriente se recogen los conceptos de personalidad y libertad, trasponiéndolos del orden individual al colectivo.

Ya Fichte había empleado al alma colectiva, fruto de la colaboración en libertad de los individuos en sus "Discursos a la Nación alemana" (1807-1808), obra de la que tanto abusarían los doctrinarios del nacionalismo alemán, sobre todo por la contraposición que el autor hace del "yo histórico" de la cultura francesa al "yo metafísico" de la cultura alemana. No cabe ignorar que en Fichte está el germen de la xenofobia germanista: la raza alemana es superior a la latina.

La pauta liberal del primer nacionalismo se iría nublando a lo largo de todo el siglo XIX. Así, en Francia, Renan, principal mentor de Barres y Maurras, en su opúsculo "Qu' est-ce qu' une nation?" nos diría que una nación es un alma, un principio espiritual fruto de la voluntad de vivir juntos, por lo que, a su juicio, vendría a ser metafísicamente, el resultado de un plebiscito cotidiano. El propio Renan en su obra sobre "La democracia, como causa de la decadencia intelectual y moral del país, generadora de la, a su juicio, nefasta cultura de masas, (juicio negativo que glosaría también Gustave le Bon), en su famoso ensayo sobre la "Psicología de las masas" cultura que también afloraría en "La rebelión de las masas", de nuestro Ortega y Gasset, frente a la cual, a juicio de Renan, sólo cabía reaccionar con la restauración de un principio político descentralizador.

Precisamente en Francia, tras la derrota de Sedan sur-

giría, a partir de 1871, sobre todo por la pérdida de Alsacia y Lorena un nacionalismo patrioter, antiparlamentario, proteccionista y conservador, fruto de una reflexión sobre la decadencia, que anticiparía el tono de nuestra crisis de 1898, pero también se extendería a la búsqueda de las condiciones necesarias para la revancha.

En los comienzos de este siglo. Michelet pregonaría su creencia en la unidad profunda de Francia y en la vis centralizadora de un patriotismo popular.

Sin embargo, tanto Maurras como Barres y sobre todo Péguy postularían la descentralización y, en consecuencia, el regionalismo; se trataría del movimiento en favor de "la vuelta a la provincia". Estamos ante el denominado patriotismo de élites, defensor del orden social tradicional, lo que orientaría también esta corriente hacia desviaciones xenófobas y, más concretamente, antisemitas.

Barrès, protagonista y regionalista, proclamaría la mística del arancel en su "Roman de l' énergie nationale"; mística que, por cierto, encontraría eco en el "Memorial de greuges" catalán (1885). Barrès incitó en esa obra a "ser cada vez más lorenos, ser de la Lorena". Esta visión arcádica del paisaje, el amor a la Francia rural, la encontramos también, por ejemplo, en el espíritu del nacionalismo catalán, en el que tan arraigado ha estado el excursionismo, a través de cetros o asociaciones culturales, entendidos como escuelas de educación cívica y moral.

De Péguy destacaríamos su exaltación de Juana de Arco, como heroína que sintetiza las dos grandes vocaciones de Francia: vocación de libertad y vocación de cristiandad. Basta recordar el paralelismo de este mito tradicionalista y religioso con el que se da en otros nacionalismos más próximos, como el catalán, tan fiel, al menos en su iconografía oficial, al patrocinio de Sant Jordi.

Maurras sería un claro adversario de la centralización napoleónica, causa del estatismo y de la inercia burocrática, a su juicio vicios ambos inherentes al régimen democrático liberal. De este autor es interesante destacar su idea de que las Repúblicas sólo se mantienen por la centralización; sólo las Monarquías son lo suficientemente sólidas para poder descentralizar, tanto en un sentido



territorial como profesional o corporativo. Curiosa aproximación de los principios monárquico y pactista.

En Alemania, el nacionalismo prusiano, así el postulado por Treitschke (1874-1896) derivaría hacia el pan-germanismo y el puro totalitarismo defensor de un espacio vital (*lebensraum*), como escenario del pueblo y la raza. Ideas éstas lejanas sólo en apariencia de la idea mesiánica del destino manifiesto, desarrollada en Estados Unidos, entre otros por Beveridge, a principios de siglo.

Con esa fuerte impronta tradicionalista, la región, entendida como espacio político, se presente en el tránsito del siglo XIX al actual, como una recuperación del espíritu territorial de impronta girondina y del protagonismo de los cuerpos intermedios, tan propio del Antiguo Régimen, y que había sido, en principio expulsado del escenario del poder por el liberalismo revolucionario.

La crisis del Estado liberal, tras la primera guerra mundial y la revolución soviética de 1917, daría paso al nacionalismo estatalista, dogmático y autoritario. El fascismo italiano como el nacionalismo alemán empezaron siendo fruto de una reacción de pueblos humillados y ofendidos por esa primera contienda mundial. Basta la referencia a la beligerancia social y política que tuvieron las asociaciones de antiguos combatientes, en las que se acabaría apelando a la búsqueda de un jefe, un partido y un pueblo.

No puede tampoco olvidarse que en el Tratado de Versalles de 1919 se plasmó el principio de las nacionalidades, recogiendo la doctrina de los famosos 14 puntos contenidos en el mensaje que dirigió el Presidente Wilson al Congreso de los Estados Unidos el 8 de enero de 1918, con una clara apuesta por la liberación de los pueblos oprimidos. Lo que, paradójicamente, más que en una dirección nacionalista se pretendió dirigir hacia el internacionalismo con la creación de la Sociedad de Naciones.

Al afirmar Mussolini en el teatro de la Scala de Milán "Todo en el Estado, nada fuera del Estado", se consagraba el paso, que destaca Touchard, de la Nación-Estado, propia del siglo XIX al Estado-Nación.

El triunfo de las democracias occidentales, tras la segunda guerra mundial, con la creación de la Organización del Naciones Unidas, llevó a que el nacionalismo deri-

vara, en un primer momento, hacia el reconocimiento de los nuevos Estados del tercer mundo surgidos en el ocaso del colonialismo.

En nuestros días, la crisis del marxismo, con su imprevista intercolonialista originaria, y de los Estados del llamado socialismo real, ha sido determinante del desencadenamiento de la actual efervescencia nacionalista que hoy sufre Europa, con un proceso de balcanización virulenta en el territorio de la antigua Yugoslavia.

La recuperación de la libertad en países oprimidos por el imperialismo soviético ha exacerbado lógicamente la afirmación de las diversas identidades nacionales.

Por ello, en nuestro tiempo el nacionalismo no tiene los rasgos suaves del nacionalismo literario y romántico del siglo XIX, en el que fueron determinantes los Juegos Florales que animaron la Renaixença catalana. Tampoco tiene vigencia ya la marca idealista de un Mazzini, en Italia, o de un Sabino Arana, en el País Vasco, de tan claro perfil religioso.

En relación con el nacionalismo vasco, García de Cortázar y Azcona ("El nacionalismo vasco") comentan que en la prosa vasquieta, Sabino Arana es el Mártir, el Padre, el Maestro, siempre con mayúsculas, como en la literatura sagrada se denomina a Jesucristo o a Dios-Padre.

La pasión y resurrección de Jesucristo sirven de alegría inmutable de la peregrinación del pueblo vasco, cuyo Aberrieguna (día de la Patria) se festejará deliberadamente el Domingo de Pascua.

A partir de esos postulados originarios, de espiritualidad telúrica del nacionalismo, tras simplificar su mensaje (defensa de la identidad de un pueblo) con un mínimo corpus doctrinal va derivando hacia lo que Talmon denomina mesianismo político, en el que el nacionalismo más que una ideología es un credo. En él se utilizan, a veces, los elementos diferenciadores (así la lengua o la raza), más que para afirmar positiva y pacíficamente la propia identidad, para violentar libertades (en el caso concreto de los nacionalismos totalitarios) o para demonizar o despreciar al otro, al forastero.

En Cataluña, según Robert Bughes, en su espléndido libro titulado "Barcelona", parece que "los auténticos catalanes-los catalans de sempre-, como suelen llamarse

a veces, tienen cierta tendencia a la xenofobia, y cuanto más rurales son, más aires de superioridad muestran respecto de los forasteros”.

Carl Friedrich entiende por ello que el nacionalismo, en los Estados contemporáneos, es un movimiento político que, sólo en ocasiones, viene a ser algo parecido a una ideología. De su vinculación originaria al principio democrático, se ha llegado, advierte Friedrich, a una tensión dialéctica entre nacionalismo y democracia, por tender ésta, fundamentalmente, a la articulación del principio de igualdad y, consiguientemente, a una cierta uniformidad centralizadora.

En esa tensión dialéctica el nacionalismo se nos presente, al aflorar en el debate político, más como un sentimiento difuso que como una ideología.

Sobre esta dimensión, que no pretende ser reductora de la complejidad de los movimientos nacionalistas, contaré una anécdota reciente. El pasado mes de mayo, se celebró en Londres, en el Centro de Conferencias Queen Elizabeth II, un encuentro, organizado por el círculo de publicistas “Carta 88”, en el que se debatió sobre el futuro de la Monarquía. En una de las intervenciones se vinculó la razón de ser el principio monárquico a la defensa de la identidad nacional y a la existencia en el pueblo inglés de un cierto pathos nacionalista. Al hacerse esta referencia a nacionalismo, las intervenciones derivaron hacia el contenido ideológico de la doctrina nacionalista en nuestros días. Uno de los participantes, por cierto una señora, con gran precisión intuitiva, dijo: “el nacionalismo es como el sexo, difícil de describir, pero usted lo entiende cuando lo siente”.

Para entender ese sentimiento partidario hay que acercarse a su sustrato: el sentimiento nacional de los pueblos. Debe recordarse con Max Weber que la conciencia nacional responde siempre a un sentido histórico común. Por ello, si no se ha compartido efectiva y profundamente el pasado, sintiéndose parte de una empresa común, ese sentimiento o conciencia es, necesariamente, débil.

Ortega y Gasset, en “La redención de las provincias” (1927) destaca la ausencia de una emoción nacional común, echa en menos un auténtico nacionalismo español.

Si nos preguntamos por las causas del moderno na-

cionalismo volviendo a nuestro tema, Stanley G. Payne, en un reciente trabajo ("Nationalism, regionalism and mocronationalism in Spain", en la obra colectiva "The impact o Western Nationalisms", Sage Publications, London, 1992) advierte que, a diferencia del pasado, en el que el nacionalismo pudo ser liberal, conservador, o incluso socialista, en nuestros días no existe un acuerdo entre los autores que identifique las causas de su resurgimiento. El autor recuerda la interpretación de Anthony Smith en su obra "Teorías sobre el nacionalismo" (1971), según la cual el nacionalismo resurge por no haberse resuelto positivamente la síntesis entre el tradicionalismo y modernidad, y por la necesidad de los intelectuales de racionalizar en el tiempo presente esa síntesis.

Aún admitiendo el acierto del diagnóstico, a mi juicio, la principal causa o fundamento, no el pretexto incidental de las ideologías nacionalistas en los Estados ya constituidos, es de naturaleza cultural. El puro atraso educativo, el ensimismamiento y la ignorancia de los valores culturales que han circulado y circulan por el mundo libre, traen consigo las secuelas inevitables del narcisismo casticista, el localismo folclórico y la incomunicación entre los diversos territorios de un Estado. Esas realidades se deben fundamentalmente a la torpeza y mediocridad burocrática de los poderes centrales, al reprimir o postergar manifestaciones de la identidad colectiva de los distintos pueblos; su profunda e indisculpable ignorancia de la historia de esos pueblos y, en suma, su injusto reduccionismo a uniformidad de lo que es, por si y en sí, diverso y multiforme.

En el reciente trabajo de Jesús Prieto de Pedro ("Cultura, culturas y Constitución"), se ha tratado, en relación con España, el gran problema de la "vertebración del pluralismo cultural" considerando a la cultura desde la doble dimensión competencial del Estado (art. 149.2. C.E.) y de las Comunidades Autónomas (art. 148.1-17 C.E.). Con este autor entendemos bien fundada en el texto constitucional una "cláusula de la interculturalidad" exponente tanto del valor del pluralismo político como del principio democrático de integración solidaria. Esa cláusula excluye la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, con o sin idioma propio, se puedan convertir en compartimentos culturales estancos.

Sin embargo, la función del Estado de garantizar la comunicación cultural no debe suponer, a mi juicio, la consagración de una cultura oficial. Una democracia exige, además de la aconfesionalidad religiosa, un aconfesionalidad cultural; ésta no supone la negación o inhibición ante la existencia de una cultura histórica común, que podría resumirse en el slogan "los clásicos son de todos", por supuesto todos en el esperpento de un Salón Internacional de las lenguas celebrado hace unos años en París en el que el castellano o español se presentaba a los visitantes como la lengua de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Debemos entender, de una vez por todas, que el respeto y la plena normalización de las lenguas propias de las nacionalidades integradas en España no se consigue, más bien al contrario, negando esa evidencia.

Debo confesar, por ello, mi sorpresa ante manifestaciones como la Conferencia que el Presidente de la Generalidad de Cataluña, Sr. Pujol, pronunció en la Universidad de Lubliana, el 21 de septiembre de 1987, sobre "Eslovenia y Cataluña". Allí, al reafirmar otra evidencia, igualmente digna de respeto, la de que el catalán es la lengua propia de Cataluña, afirmó lo siguiente, motivo de mi estupor:

"Si yo ahora les hablara en castellano sería como si alguno de ustedes, un esloveno, en Barcelona, hiciera una Conferencia en serbo-croata a un público que obviamente tampoco lo entiende. No tendría sentido. O sea que lingüísticamente la situación de Cataluña es parecida a la de Eslovenia". Y añadía, "con algunas diferencias, sin embargo, y una de ellas es que el serbo-croata no es una lengua universal y el castellano sí. El castellano, o español (observamos que el señor Pujol se atiene al contenido semántico usual o común pero no recoge el principio de españolidad de todas las lenguas del Estado, consagrado en el artículo 3.2 C.E.) es una de las lenguas más importantes del mundo. Esa es una ventaja para los catalanes, porque, dado que, además de su lengua, conocen también el castellano, pueden servirse de una lengua muy útil. Pero también comporta un riesgo. La potencia y el carácter universal del castellano hacen más peligrosos competir con él".

De esta intervención de tal ilustre y cualificado representante del Gobierno Autónomo de Cataluña, cabe ex-

traer, a mi juicio, una conclusión: el castellano o español es una lengua, aún conocida, extraña a esa nacionalidad. Su uso por el pueblo catalán sólo se justifica por razones utilitarias, no afectivas. Por último, con el espíritu de un monoligüismo medroso, se confiesa abiertamente el miedo a la convivencia entre las dos lenguas, ante el riesgo de que una, la más fuerte, desplace a la otra.

Con el máximo respecto a esa voz, permítase el recuerdo de otras voces, que conforman un clima liberal de profunda tolerancia, dentro incluso del nacionalismo catalán, como es el caso del famoso Dr. Trueta, en su libro "El espíritu de Cataluña".

En ese marco de tolerancia real, parece claro, a mi juicio, que lo común, sin ser estrictamente lo propio, tampoco es lo ajeno.

### III.

A diferencia, aunque no al margen de la tensión política que genera el nacionalismo, el regionalismo postula en reconocimiento de la región como un espacio político autónomo dentro del territorio propio del Estado. Esta reivindicación se explica, en el constitucionalismo contemporáneo, como fruto de una articulación del principio democrático y, en nuestro marco constitucional, como manifestación del valor del pluralismo político (art. 1.1.C.E.).

Es un reconocimiento, con una fuerte impronta ideológica liberal y democrática, según la cual no todo lo político, está dentro del Estado, en un sentido estrictamente centralizador, como proclama el pensamiento fascista.

La región se nos presenta como una quiebra de esa pretensión totalizadora; quiebra que no supone, sin embargo, el enfrentamiento o la desintegración del Estado, como instancia política gestora del interés general, del bien común de la comunidad política.

El regionalismo trata, por ello, de reconocer políticamente la complejidad nacional real, de hacerla aflorar en el apartado del Estado, obligando a redefinir el ámbito del principio clásico de división de poderes y fortaleciendo los controles y contrapesos que limitan la acción del poder político.

Al perseguir ese objetivo, el regionalismo tiene también, desde su origen, una clara marca regeneracionista. Así, Ricardo Macías Picabea, en su famoso libro "El problema nacional" (1899) defiende las autonomías regionales en estos términos:

"Resueltamente se erigirán en órganos particulares de la vida nacional y del Estado las regiones naturales de España ... La autonomía regional no se decretará por patrón único, sino que se hará surgir por grados, según la preparación y situación presente en cada región, habiendo algunas como el País Vasco y Cataluña, que podrán ejercerla completa, o poco menos, desde luego."

Con ese perfil renovador, la región no puede contraponerse o sustituir a la Nación porque son dos entes de naturaleza distinta. Por eso, a diferencia del nacionalismo, el regionalismo es complementario del Estado-Nación, ya que no cuestiona ni rompe la unidad e identidad de éste; no así el nacionalismo que, en su formulación radical (e incluso en sus lenguajes posibilistas), acaba contraponiendo una nación o un pueblo a otros, afirmando de modo conflictivo la contraposición o ajenidad de comunidades con identidades diversas.

Por todo ello, la región, como espacio político, suele hacer referencia al modelo de Estado unitario, aunque, como advertía Jellinek, se daba en Estados en una situación imperfecta o de crisis interna. El efecto centrífugo de esta crisis debilitaría la acción del Estado al afectar, en expresión de Hermann Heller, a la "unidad soberana de acción y decisión", manifestaciones del principio clásico de soberanía, hoy sometido a profunda revisión.

La Constitución española de 1931, es sin duda, pionera en la articulación del regionalismo político en los Estados contemporáneos. Recordemos que su artículo 1º definía la República como "un Estado integral, compatible con la autonomía de los municipios y las regiones".

En su artículo 11, claro ascendiente del artículo 143 de la actual Constitución, establecería, sentando una pauta dispositiva, la posibilidad de vertebrar regionalmente el Estado "si una o varias provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes acordaran organizarse en región autónoma para formar un núcleo político-administrativo dentro del Estado español, ... "Este marco constitucional sería determinante en la ar-

ticulación regional, aunque con características propias (dualidad de Estatutos, especiales y ordinarios), de la Constitución italiana de 1947.

En la moderna doctrina (así Gérard Beismenu y otros, "Espace régional et nation. Pour un nouveau débat su le Québec". *Boréal Express* 1983") se concibe la región como producto de un conjunto de relaciones sociales, culturales, económicas y también políticas; relaciones que se conjugan de modo original, es decir distinto de la pauta estatal común, en un espacio. Es esta singularidad y no las contradicciones con el orden general del Estado lo que genera una conciencia regional, la cual, precisamente por articularse positivamente, y no conflictivamente ab initio, constituye un desafío al orden de valores oficiales del Estado.

El reconocimiento de ese perfil propio de la región se ha abierto paso, aunque sea tardía y débilmente, en el Estado centralizador prototipo, como es el Estado francés. Así, tras el fracaso del proyecto regionalizador del General De Gaulle en el referendun del 27 de abril de 1969, la región ha vuelto por sus fueros con la ley de 2 de marzo de 1982, en la que se consagra como auténtica colectividad territorial, con elección de los Consejos Regionales por sufragio universal directo. El papel de la región se ha visto reforzado, en materia de planificación económica, por la Ley Rocard de 29 de julio de 1982 (en una dirección distinta a la seguida para nuestro Consejo Económico Social por la ley de 17 de junio de 1991, apartándose de la previsión del artículo 131.2. C.E.) y por las leyes descentralizadoras de 7 de enero y de 22 de julio de 1983 que han extendido sustantivamente las competencias regionales.

Si pasamos al análisis de Estados compuestos contemporáneos, tiene especial interés la reciente reforma constitucional belga, aprobada el pasado 10 de mayo de este año, a punto de promulgarse en estas fechas.

Según el nuevo artículo 1º de la Constitución "Bélgica es un Estado Federal compuestos de Comunidades y de Regiones". Basta llegar a esa proclamación se han seguido sucesivamente diversas etapas, que paso a enunciar.

La revisión Constitucional de 1970 reconoció la existencia de dos grandes comunicades culturales (la comu-



nidad neerlandesa y la comunidad francesa) y tres regiones (la región flamenca, la región valona y la región de Bruselas). Cada Comunidad constituyó su propio Consejo cultural, con competencia legislativa en materias culturales, compuesto por los Diputados y Senadores del grupo lingüístico correspondiente. Había también un Consejo cultural alemán, sin competencia legislativa.

Tras la revisión de 1980, las Comunidades Culturales se transforman en "Comunidades", con competencias, tanto legislativas como gubernativas, en materias político-sociales y de salud. Para resolver los conflictos de competencias se creó un Tribunal de arbitraje.

Con la tercera reforma, en 1988, se ampliaron las competencias de las Comunidades y Regiones a materias como enseñanza y transportes públicos. Se concedió a las regiones una cierta autonomía financiera, con garantía estricta de los principios de solidaridad y transparencia.

Tras la última reforma, a punto de promulgarse, se establece la elección directa de los Consejos Regionales Valón y Flamenco, cuyos miembros hasta hoy tenían doble mandato. Ello no excluye que se mantenga el reconocimiento de la unidad de la nación belga, en los términos del artículo 25 ("Todos los poderes emanan de la Nación. Se ejercen según la Constitución"). Al Senado se le encomienda la representación de las regiones y comunidades.

En los debates parlamentarios de esta reforma se ha reiterado el paralelismo y realización progresiva de dos procesos políticos de gran alcance: la Unión Europea y el federalismo europeo. Como tales procesos se llevan a cabo a través del pacto y del compromiso, no cabe distinguir o anticipar la meta o el modelo. Cabría comentar que, al igual que ocurre en España, estamos ante un proyecto abierto que se diseña a medida que se va realizando.

También en Bélgica como en España se reconoce que la responsabilidad política, para que tenga sentido, debe correr pareja con la responsabilidad financiera. Ello implica no olvidar que el federalismo, lato sensu, sin solidaridad, está abocado al fracaso.

En realidad, cualquiera que sea el marco constitucional, lo que se pretende conseguir con el regionalismo po-

lítico es que la ley no sea sólo expresión jacobina de una supuesta voluntad general. Esto obliga, en primer lugar, a regionalizar, con una u otra medida, el Parlamento del Estado (es el caso de los Consejos Federales de Alemania y Austria, del Consejo de los Estados en Suiza o, hasta ahora sólo nominalmente, del Senado español). Pero también obliga a la introducción de un parlamentarismo difuso o policéntrico, mediante el establecimiento de Asambleas Legislativas propias de las regiones. Así, en el Estatuto de la Asamblea de las Regiones de Europa, organización no gubernamental de gran relieve en el horizonte político de nuestro Continente, y que hoy preside el Presidente de la Generalidad de Cataluña, señor Pujol, se establece que “el término Región engloba a las colectividades territoriales existentes en el nivel inmediatamente inferior del Estado central y dotadas de una representación política ejercida por una Asamblea Regional electa” (art. 3.2). Cabe también considerar, a la hora de definir el perfil político de la región, la mayor o menor relevancia del pacto político (con o sin referendum) como presupuesto para la adopción del marco jurídico estatutario; ello con independencia de que éste se formalice como ley del Estado.

El regionalismo político conduce también a la definición de nuevas estrategias partidarias, al concurrir en un mismo territorio, partidos nacionales y regionales. Esto conduce a una doble dinámica:

- excluyente, por parte de los partidos regionales respecto de los nacionales o estatales.
- táctica, y no estratégica, de los partidos nacionales, en su adaptación reduccionista u oportunista al terreno particular de cada región. Así para competir con el mensaje de los partidos regionales, se puede acabar defendiendo, a los supuestos votantes del partido nacional, y perdiendo de vista los intereses generales del Estado como proyecto común.

El riesgo político de la dinámica regionalista, al igual que ocurre con el nacionalismo, es el de acabar ignorando o postergando la autonomía administrativa de los entes locales, incumpliendo la previsión, ante otros, del artículo 137 C.E., en lo que respecta a nuestro país.

Pero, frente a cualquier riesgo, la democracia sigue siendo una permanente invitación al diálogo y a la convivencia de todas las fuerzas políticas, cualquiera que sea su signo y ámbito territorial. Un ejemplo de este postulado se dió en febrero de 1984 en Gerona, cuando gracias al impulso de quien sigue siendo Alcalde de la ciudad, el señor Nadal, historiador de prestigio, se celebró un encuentro de intelectuales convocados ante la vieja y polémica pregunta "¿qué es España?".

El profesor López Aranguren presentó una ponencia sobre "Nacionalismos pasados, presentes y futuros".

Debo confesar que este trabajo ha iluminado mis ideas y me ha ayudado a introducir un cierto orden en tema tan difuso y difícil, digamos, por su efecvescencia política, como es éste.

Si abordamos con una visión histórica y amplia nuestro tema, convendremos con Aranguren que no puede ignorarse que en la génesis de los nacionalismos contemporáneos debe reconocerse el papel centralizador de la Corte del Estado moderno como escenario del Poder y de la burocracia a su servicio; Madrid sería el ejemplo. Pero frente a ese escenario hay otro, más dinámico y por ello celoso de su ámbito propio, el de la ciudad, campo social de la burguesía liberal, tras la revolución industrial, y plataforma para afirmar su poder económico; en España, tras la decadencia mercantilista de Sevilla y Cádiz, el ejemplo sería Barcelona y más tarde Bilbao.

Esta dualidad de polos socio-políticos se integró o conjugó armónicamente en los países que protagonizaron la Revolución Industrial. Así, Inglaterra, que ya partía del cambio político originado con la Revolución gloriosa en el siglo anterior.

Adam Smith, recuerda López Aranguren, primer teórico del capitalismo, no habla ya, como en la época mercantilista, de la riqueza de los Estados, sino de "La riqueza de las naciones".

Antes Locke había introducido la concepción del "Estado-empresa" en la que el burgués, además de ciudadano (que elige su Parlamento) es un "accionista" que delega en una especie de Consejo de Administración

integrado por las instituciones públicas (así el Parlamento y el Gobierno).

Es curiosa la resonancia de este pensamiento del proto-liberalismo en el nacionalismo de este siglo, firmemente defensor del protagonismo de la sociedad civil.

Me limitaré a citar la obra de Rubió Tudurí y Mart, de los primeros años de la segunda República, "l'Estat espanyol, societat anònima" en la que esa articulación económica del Estado se presenta, precisamente, como la mejor garantía contra el separatismo.

El romanticismo, historicista por naturaleza, vio en las Naciones, advierte Aranguren, unas realidades orgánicas, unos seres vivos e históricos enraizados en una tradición y poseedores de una identidad (recordemos la obra del Obispo Torras i Bages, "La tradició catalana", de 1892, el año de las Bases de Manresa); olvidando este historicismo radical que, como decía Azaña, "un país es una herencia histórica corregida por la razón". Del romanticismo vino el irredentismo nacionalista que emergió en países como Grecia, con la muerte de Byron en Misolonghi, o Polonia.

Era la hora del nacionalismo italiano, que culminaría en la unidad política del país en la segunda mitad del siglo.

El sentimiento de orfandad política, de agravio o queja, que alienta en estas naciones sin Estado había de prender primero, como antes he mencionado, en corrientes literarias y luego en movimientos políticos en países de lengua propia, así la lengua d' oc, como Cataluña, o, posteriormente, en el País Vasco. En este último de la mano del tradicionalismo foralista, marcado también por la religión y la violencia, desde sus orígenes carlistas.

Un nacionalista catalán lúcido, Jaume Llorens, escribía en La Vanguardia del 23 de febrero de 1984 un artículo con el título irónico de "Españolocémonos". De él extraigo el siguiente párrafo: "si los catalanes queremos salvaguardar nuestra sociedad civil, hacerla prosperar, evitar la homogeneización a la brava con los otros pueblos del Estado, tenemos que ser forzosamente nacionalista, aunque exista y funcione el Estatuto".

La reflexión traduce ese miedo a dejar de ser diferentes, que está en la base de todo nacionalismo y que merece, no sólo el respeto, sino el mayor esfuerzo de todas

las instituciones y sectores sociales para contribuir a superarlo desde la razón y el diálogo. Porque es cierto, como advierte Lores que “sólo desde las diferencias asumidas y respetadas las palabras igualdad y solidaridad adquieren su sentido verdadero”. Sólo ese respecto permitirá superar en paz, y en beneficio de todos el dualismo nacionalista ambiguo de posibilistas y radicales que, con su gradualismo indefinido y su confrontación sistemática, respectivamente, sólo contribuyen a postergar el proyecto de convivencia posible entre los distintos pueblos.

No cabe tampo olvidar, como recuerda Julio Cabrera, en su ensayo reciente sobre “La Nación como discurso. El caso gallego” (CIS. Siglo XXI, 1992), que la Nación, es un pensamiento de José Ramón Recalde, la existencia de una Nación, no es la causa que provoca la aparición del nacionalismo, sino que es el nacionalismo quien concreta como Nación a la colectividad. Esto es claro en los procesos nacionales periféricos occidentales, dentro de los que se encuadra el nacionalismo gallego, ya que su organización no se constituye sobre una forma prenatal, como es el caso de las naciones surgidas tras la descolonización en el Tercer Mundo, sino sobre una estructura nacional ya existente.

Por cierto, en Galicia, es de destacar el mayor peso del movimiento regionalista, con Alfredo Brañas a la cabeza, y su Partido Galleguista en activo hasta la Guerra Civil, sin ignorar el peso intelectual del racionalismo democrático del gran Castelao.

En la vertebración de la region como comunidad política en el marco de un Estado, cualquiera que sea el mayor o menor peso del nacionalismo o del regionalismo, debe tenerse en cuenta, a mi juicio, que su supervivencia sólo podrá tener lugar en el marco de un régimen democrático consolidado. Para ello, deberá admitirse que la dimensión real de la libertad, las libertades y derechos concretos de todos los ciudadanos, no puede ser sustancialmente distinta en uno u otro territorio del Estado, cualquiera que sea el grado de desarrollo o la singularidad histórica de la Comunidad establecida en el mismo.

El reconocimiento efectivo de los valores de libertad e igualdad exige la garantía por parte del Estado del interés

general, que es distinto y no la mera suma de los intereses particulares de los distintos territorios o regiones. Resulta contradictorio no cuestionar la interdependencia económica y cultural de los distintos Estados y pretender, al mismo tiempo construir trincheras internas o paraísos fiscales mediante regímenes económicos especiales. El respecto a los derechos de los demás, como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 C.E.) y, sobre todo, la preminencia jurídica del valor igualdad (arts. 1.1 y 14 C.E.) concordantes con la competencia estatal de garantía de la igualdad reconocida en el artículo 149.1 y con el artículo 128.1 que declara la subordinación de toda la riqueza del país al interés general, no permiten un fácil encaje constitucional de esas aventuras. De ahí la necesidad de asumir, dentro de la normalidad, la previsión de leyes armonizadoras, contenida en el artículo 150.3 C.E., previsión que hasta ahora no ha tenido fortuna, tras el fracaso legislativo, por voluntad del Tribunal Constitucional, del proyecto de ley orgánica de armonización del proceso autonómico.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, —si bien no ha sentado una doctrina general sobre el régimen de competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, fortaleciendo, por el contrario, su fuero de máximo árbitro con resoluciones singulares y casuísticas—, ha defendido la prevalencia del principio del interés general. Así en la sentencia 141/1993, de 22 de abril, en su fundamento jurídico tercero, declara:

“El concepto de bases, o más en concreto, de legislación básica, es un concepto material que pretende garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual puede cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto”.

Sentado ese criterio, el Tribunal argumenta a favor de la propia jurisdicción al advertir: “en virtud de esa definición material de lo básico corresponde al legislador estatal delimitar su contenido y alcance, pero sin alterar el orden constitucional y estatutario de competencias”, concepto éste de por sí ambiguo y conflictivo, “y sin que ello sponga”, añade “que deba aceptarse en todo caso el

criterio del legislador estatal, pues si la calificación de un precepto como básico resulta impugnada, corresponde a este Tribunal, en tanto que intérprete supremo de la Constitución, revisar dicha calificación y deducir, en última instancia, si la norma es o no materialmente básica”.

El Tribunal Constitucional se autoconsagra así como poder integrador de un orden jurídico abierto mediante la reclamación para sí de unas incidentales, y siempre singulares o ad hoc, cláusulas de cierre.

La vía jurisdiccional del control de constitucionalidad a través del conflicto de competencias no contribuye, a mi juicio, a la estabilidad del sistema. Es, más bien, un estímulo para el reto o la reivindicación maximalista.

Cualesquiera que sean los procedimientos de resolución de conflictos, hoy en el contexto de una cultura política del agravio comparativo y la queja, siempre negativa, el desconocimiento de las sustantividad del interés general puede llevar, y lleva a veces, en los Estados compuestos a que en el debate de la ley, que sigue siendo la principal fuente del Derecho, el legislador se dedica, más que al objeto de la misma, a discutir las distintas competencias implicadas (Estado-regiones).

Así, los proyectos de organización supranacional, como es la Comunidad Europea, se defienden por los nacionalismos como vía para reducir al mínimo formal la actuación de las instancias estatales.

Es cierto, como escribe Daniel Bell, que uno de los dramas del Estado contemporáneo radica en que hoy resulta demasiado pequeño respecto de los grandes problemas que afronta la humanidad y, paradójicamente, demasiado grande en relación a los pequeños problemas de la vida cotidiana. También esa paradoja es trasladable al seno de los movimientos nacionalistas que hoy rechazan el federalismo en los Estados en que están presentes (basta aludir al dramático conflicto de la antigua Yugoslavia y también a las crisis de Checoslovaquia y de la actual Federación Rusa) y, al mismo tiempo, están a favor de una Europa Federal, no de los Estados sino de los pueblos. Sin duda, una explicación a esta paradoja la da, en lo que a la dimensión estatal se refiere, al constatar la fortaleza de los Estados federales contemporáneos, tendentes a polí-

ticas de simple descentralización del gasto en el marco del denominado federalismo cooperativo.

Por otra parte, los modernos nacionalismos no olvidan las pautas históricas del republicanismo federal del siglo XIX, fiel a esquemas racionalistas y universalistas, bajo los cuales el particularismo de un territorio alcanzaría escaso relieve; sin olvidar que el ideal federalista de catalanes relevantes con Pi y Margall era respetuoso de la identidad española común.

El proyecto de Unión Europea, con la consagración del todavía por definir principio de subsidiariedad y con la previsión en el artículo 198 del Tratado de Maastricht de un Comité de representantes de regiones y de colectividades locales perfila un horizonte de reconocimiento de las identidades de las nacionalidades y regiones que no tiene por qué contraponerse a entrar en competición con el papel político de los Estados.

Basta reflexionar sobre la evidencia de que, en una situación de crisis económica globalizada, como la que estamos atravesando, ni las instancias comunitarias ni las regionales pueden suplir como alternativa real al papel gestor y beligerante de los Estados. Cualquier contraposición o división interna sólo contribuirá a debilitar la defensa de los intereses generales. Europa, por tanto, no puede ser la coartada, como pretende algún nacionalismo radical, para marginar o superar las instituciones y la dimensión nacional común de países como España.

Otra consecuencia, ya antes apuntada, de que los movimientos nacionalistas y regionalistas alienten la conflictividad o beligerancia es el debilitamiento de los partidos políticos en el seno de los Estados respectivos.

Así, la aparición de nuevas oligarquías o élites políticas alternativas, estimuladas por un proceso de descentralización política, ha alentado un proceso de desintegración de las instituciones representativas, del que es un ejemplo, aunque con connotaciones y con causas singulares, el de Italia, sobre todo tras las elecciones locales del pasado día 6. Desintegración que, debe también reconocerse, en el caso de Italia, va asociada al intento de regenerar un sistema político exhausto.

La existencia de partidos nacionalistas puede defenderse, desde su propio seno, como condición esencial y



determinante para la existencia y reconocimiento de una nacionalidad; ello contribuye, o pretende contribuir, a deslegitimar la acción en la región, de los partidos nacionales, cuyos representantes en el territorio se ven denunciados como incapaces de defender los intereses regionales. Ello no impide reconocer el efecto positivo que, para la articulación de controles efectivos en el marco de un régimen democrático, tien la llamada división de voto o *splitting* del electorado según se trate de elecciones nacionales o regionales, entre partidos de uno u otro ámbito.

En cualquier caso, por estricto espíritu democrático, cualquiera que sea la crítica que susciten los movimientos nacionalistas y regionalistas, lo que no cabe es su descalificación política global o su confusión interesada con movimientos radicales xenófobos o integristas, cualquiera que sea su grado de parentesco. No es tiempo de dramatizar con identidades metafísicas y sí de cultivar el diálogo, con un cierto sentido de la ironía y del humor, tan escaso en la llamada España mesetaria y capitalina.

Si pensamos en nuestro país, admitamos que los errores del pasado han sido de todos, en mayor o menor medida, y que hoy, "por suerte para todos" no cabe ya volver a las andadas de aquél militarismo ramplón que acabó en Barcelona con el Cu-Cut en 1905 y trajo la nefasta Ley de Jurisdicciones.

No respondamos, por eso, a la apologética de un nacionalismo con la de otro.

Por ello debería evitarse también la ambigüedad de la jerga política que, a veces, bajo reclamaciones abstractas ("desarrollo estatutario", "profundización autonómica", entre otras) parece esconder, tras la imprecisión, pretensiones inconfesables.

En un ejercicio de riguroso pragmatismo, tan escaso en nuestra cultura política, debemos reconocer el progreso supuesto por el arraigo cada vez mayor de un espíritu de consenso y de pacto, todavía limitado, que trata de dar respuesta a las reivindicaciones nacionalistas y regionalistas (sin olvidar que en los pactos de 1981 y de 1992 sólo han sido firmantes partidos nacionales). También deber advertirse la transcendencia de que la cultura del pacto progrese y se lleve a cabo con respecto y no al margen del

Estado de Derecho, es decir, dentro y no fuera de las instituciones, de las que los partidos no pueden disponer como bien propio. En suma, la cultura del pacto debe integrarse armónicamente en la cultura de la ley, evitando que ésta se vea reducida a mero nacionalismo legitimador. Queda, no obstante, la duda, de si el nacionalismo y el regionalismo podrán evolucionar y hacer posible el paso de la táctica de "los pactos", parciales o puntuales, como se dice ahora, a la estrategia de "el Pacto", con mayúscula, que confirme y perfile un proyecto constitucional estable y lealmente compartido.

Es cierto que queda mucho camino por andar. Eliseo Aja, en una valoración general que sirve de introducción al Informe sobre Comunidades Autónomas 1992 (Ed. Instituto de Derecho Público de Barcelona) advierte que tras los últimos pactos autonómicos firmados por el Gobierno, el Partido Socialista Obrero Español y el Partido Popular el 28 de febrero de 1992, que se han concretado en ley orgánica 9/1992 de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas del artículo 143 C.E., no se acaba de configurar un modelo autonómico coherente, sobre todo porque "en la Administración de la mayoría de las Comunidades Autónomas continúa el crecimiento de la Administración periférica y paralela, que está alcanzando proporciones preocupantes".

Esta preocupación, por la escasa congruencia del modelo, y su consiguiente gestión deficiente o ineficaz de los recursos limitados del Estado, ha llevado a plantear a otras instituciones alternativas como la de la Administración única defendida por el actual Presidente de la Junta de Galicia, señor Fraga Iribarne, de la que quiero destacar su inserción normal en el marco constitucional a través del artículo 160.2. C.E. y su ámbito de competencias ejecutivas y administrativas. La vía de ese precepto como mecanismo racionalizador del proceso autonómico encuentra apoyo en la actual doctrina española del Derecho Público, así el profesor García de Enterría ("Las Comunidades Autónomas ante el futuro", dentro de la obra colectiva "El futuro de las autonomías territoriales". Coord. Luis Martín Rebollo. Universidad de Cantabria. 1991). La propuesta de la Presidencia de la Junta de Galicia, no excluye, tampoco, sin que presupone, explícitamente, la cooperación con el Estado.

Por otra parte, en un ejercicio de tolerancia, y por tanto de paciencia y esperanza, es cierto, como advierte Muñoz Machado ("Los pactos autonómicos de 1992", R.A.P. nº 138/1992) que "forma parte de la esencia de los Estados compuestos el conflicto y la crisis continua, el ajuste perpetuo de los procedimientos de decisión".

Para que este proceso de ajustes sucesivos sea estable importa tener presente que el principio de autonomía, pauta máxima del proceso de articulación territorial del poder en nuestra Constitución es, como ya defendió Eduardo L. Llorens en los años treinta un elemento de integración política, siempre y cuando su virtualidad no entorpezca la coordinación y defensa del interés general.

No cabe ignorar que lo que finalmente consolidará el modelo territorial que esboza nuestra Constitución será el éxito en la gestión de los presupuestos públicos, para lo que ineludiblemente, deberá progresarse en el camino de la solidaridad interregional (art. 138 C.E.) y en la superación y racionalización de todo privilegio. No favorecen dicha consolidación diagnósticos como el recientemente publicado por la OCDE para 1993 sobre España en el que, al analizarse la actual crisis financiera se denuncia la escasa concurrencia de las Comunidades Autónomas en la política de control del defensor público.

## V.


Termino. Un hombre de esta tierra, Domingo García Sabell ("El fondo humano de las autonomías". Revista de Occidente nº 50, 1985"), se ha referido al problema de las autonomías, con sus connotaciones nacionalistas y regionalistas, como "un problema con arrebatos". Según este autor, la mirada sobre "la identidad", suele ser una mirada gruesa que no distingue contornos, bastante tosca, es decir, "abondo miope". Pero, añade con razón, "el defecto se da tanto en ciertos autonomistas como en muchos centralistas". A su juicio la causa fundamental de esa miopía ha sido la de que la "identidad española estaba hasta ahora fundada sobre el Estado español como organización jurídico-política y como tal ha sido un remedio del Estado francés que nació de la revolución liberal. Con la diferencia de que aquí no se dió".

Con ejercicio de lucidez como éste, y en el clima de diálogo y voluntad de encuentro que hoy anima a una gran mayoría de ciudadanos de este Estado no puede desaprovecharse la flexibilidad y generosidad del marco constitucional vigente, que ha fundido en un solo concepto, en el artículo 2º de la Constitución, como recuerda Solé Tura (“Una lectura autonomista y federal del modelo de Estado constitucional. 2 Leviatán, 30/1985), las dos ideas de la Nación española enfrentadas desde hace un siglo.

Esa apuesta por la convivencia obliga al esfuerzo de todos para que nadie siembre odios para dirimir agravios.

Julio Caro Baroja en “El laberinto vasco” nos dice, en una hermosa reflexión, que “no nos podemos identificar unos con otros por vía de coacción”. “Si hay una identidad hay que buscarla en el amor. Ni más ni menos. Amor al país en que hemos nacido o vivido pero sin exclusivismos. Amor a sus grandes hombres y no sólo a un grupito de ellos. Amor también a los vecinos y a los que no son como nosotros”. En último extremo, si me permiten, cabe decir que la identidad, entendida como expresión de lo propio, exige un respecto o reconocimiento de lo ajeno. Y esto, lo ajeno, desde los estoicos, como recuerda Séneca, no puede proclamarse de lo humano.

Concluyo manifestando mi creencia en la eficacia a medio y largo plazo de una tolerancia sostenida, generadora de una cultura cívica común y sin mengua en la firme defensa, concertada y no regaliana del interés general.

Es así, sin grandilocuencias ni nostalgias del pasado, sin místicas ni tambores, como yo creo en el futuro de la región como espacio político para la mejor gestión del interés público, y sobre todo, para acercar el poder a la sociedad civil, reconociendo su identidad como comunidad política. Ese nuevo espacio político está, a mi juicio, integrado en un espacio común en el que, por lo que nos afecta, España y Europa son dos realidades ineludibles e indisociables. 



Xoán  
Bautista  
Quintas

# Os recursos no proceso contencioso-administrativo

Maxistrado da Sala do  
Contencioso-Administrativo  
do Tribunal Superior de Xusti-  
za de Galicia

## 1. Introducción

O art. 7º da Lei 10/1992, do 30 de abril, de medidas urxentes de reforma procesual (BOE do 5 de maio de 1992) introduce importantes modificacións na Lei reguladora da xurisdicción contencioso-administrativa, do 27 de decembro de 1956 (de agora en diante lei reguladora).

O contido da mesma pódese sintetizar nos seguintes termos:

- a. Os arts. 64 e 66 (relativos ambos ó emprazamento dos demandados e coadxuvantes) ós que a Lei 10/92 lles dá unha nova redacción.
- b. Os arts. 92 a 102, todos eles constitutivos do capítulo II do título IV da lei reguladora, capítulo que se subdivide en cinco seccións no canto de tres, trala reforma.
- c. A disposición transitoria terceira e a disposición derogatoria segunda.

Centrándonos na análise dos recursos, imponse sen embargo unha referencia sucinta á entrada en vigor da lei e ó réxime transitorio que no seu caso se establece.

Sinala, en efecto, a disposición transitoria terceira no punto 1 que:

“O réxime de recursos regulado nesta lei seralles de plena aplicación ás resolucións xudiciais que dicten os órganos de orde xurisdiccional contencioso-administrativo con posterioridade á súa entrada en vigor e ás que, sendo de data anterior, non gañasen firmeza por non ter transcorrido o prazo establecido na normativa precedente para interpoñer-lo recurso de apelación se procedese. Neste último caso, o prazo para a formulación do escrito de preparación do recurso de casación, de proceder, comezará a contar a partir da entrada en vigor desta lei”.

A súa comprensión require ter en conta que, segundo a disposición final quinta, a Lei 10/1992 entrou en vigor o día seguinte da súa publicación no *Boletín Oficial do Estado*, é dicir, o 6 de maio, data a partir da cal se lles aplicará o novo réxime de recursos ás resolucións xudiciais, que comprenden providencias, autos e sentencias nos termos que precisa o art. 245 da LOPX que dicten os órganos da orde xurisdiccional contencioso-administrativa con posterioridade á súa entrada en vigor e tamén ás resolucións que, sendo de data anterior ó 6 de maio de 1992, non sexan firmes por non ter transcorrido o prazo establecido na normativa anterior para interpoñer-lo recurso de apelación, no caso de que procedese. Neste último caso o recurso de casación, tamén se procedese, prepárase por escrito, e compútase o prazo dos dez días a partir da entrada en vigor da lei.

Loxicamente, se o prazo establecido pola normativa precedente transcorre, a resolución xudicial devén firme e non se pode deducir recurso contra a mesma; pero se o prazo para recorrer non transcorre e a resolución xudicial reviste a modalidade de providencia, segue a ser posible segundo a normativa actual de recursos, do mesmo xeito que na precedente, tan só o recurso de súplica, e non se presentan problemas de dereito transitorio; estes preséntanse máis ben respecto dos autos, como se acaba de sinalar, pois de non ter transcorrido o prazo e de acharse os mesmos nalgúns dos supostos do artigo 94 reformado serán os mesmos susceptibles do recurso de ca-

sación, e o prazo computase a partir dos dez días para presenta-lo escrito de preparación a partir do día 6 de maio de 1992. Agora ben, se os autos non son susceptibles do recurso de casación (art. 94, reformado), poderase deducir, sen embargo, contra eles recurso de súplica (art. 93, reformado), dentro do prazo de cinco días desde a notificación. Por último, contra as sentencias dictadas antes do día 6 de maio de 1992, de non ter transcorrido o prazo para recorrer e de acharse as mesmas nalgúns dos supostos non exceptuados do art. 93, reformado, a máis de proceder da Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional ou dun tribunal superior de xustiza, cabe recurso de casación ordinario, computándose tamén o prazo dos dez días para preparar por escrito o mesmo a partir da entrada en vigor da lei.

Evidentemente, do punto 1 da disposición transitoria terceira da Lei 10/92, conclúese que a mesma introduce a casación na orde xurisdiccional contencioso-administrativa e suprime a apelación, polo menos transitoriamente ata que se creen os xulgados do contencioso-administrativo, –como sinala González Pérez– e, se ben é certo que no punto 2 da mencionada disposición transitoria terceira se preceptúa que: “Os recursos de apelación interpostos con anterioridade á entrada en vigor desta lei rexeranse pola normativa anterior. Isto, non obstante, será de aplicación directa ó disposto nesta lei sobre a inadmisibilidade do recurso de casación, cando o recurso careza claramente de fundamento ou se desestimasen no fondo outros recursos substancialmente iguais, para os efectos do cal a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo poderá abri-lo incidente de non admisión, calquera que fose o estado de tramitación. Por conseguinte, a remisión á normativa anterior en materia de apelación creba nos dous supostos que se acaban de indicar, xa que a devandita remisión permite aplica-lo relativo á casación e abrir a este respecto o incidente de non admisión calquera que fose o estado da tramitación.

Por outra banda, procede sinalar que –como se anticipou–, se de conformidade coa referida disposición transitoria, punto 1, o novo réxime de recursos é aplicable non só ás resolucións xudiciais que dicten os órganos da orde xurisdiccional contencioso-administrativa con posterioridade á entrada en vigor da lei, senón tamén ás reso-



lucións que sendo de data anterior non gañasen firmeza por non ter transcorrido o prazo establecido na normativa precedente para interpoñe-lo recurso de apelación cando proceda, as resolucións xudiciais –en particular as sentencias– puideron ter gañado firmeza; sen embargo, antes de entrar en vigor a Lei 10/92 sen que se interpuxese antes desa data, isto é, o día 6 de maio de 1992, o recurso de revisión segundo o artigo 102.1. b) LX (texto anterior), presentárase o problema de se é admisible o devandito recurso para facer valer este motivo no prazo de un mes a partir da notificación da firmeza da sentenza, segundo a normativa precedente ou se, pola contra, é admisible o recurso de casación para a unificación da doutrina, de se da-los requisitos do artigo 102.a.

En favor da primeira solución poderíase aduci-lo texto da referida disposición transitoria terceira, ó establecer –como indica González Pérez–, que o novo réxime de recursos se lles aplicará ás sentencias que se dicten a partir do 6 de maio, pero non antes, agás a norma especial que para as apelacións establece a continuación. Por iso, verbo das resolucións xudiciais firmes, dictadas antes desa data, haberá que aterse á LX na súa redacción non reformada. Esta é a solución que defende Delgado Barrio.

Parece, sen embargo, máis correcto entender que, unha vez que entrou en vigor a LMURP sen facer excepción ningunha neste punto, desde ese momento, é dicir, desde o día 6 de maio será aplicable o novo réxime de recursos. Agora ben, como o prazo para interpoñe-lo recurso de revisión era de un mes e o prazo para interpoñe-lo recurso de casación para a unificación de doutrina é de dez días, razóns de tutela xudicial efectiva aconsellan, sen embargo, facer unha interpretación favorable á admisión do recurso de se-lo caso, pois a entrada en vigor da nova lei de ningún modo –entende González Pérez– pode privar da posibilidade de facer valer aquela infracción (art. 102.1, b) LJ (texto anterior).

## 2. Recursos contra as resolucións xudiciais

1. Formulación. A Lei 10/1992, modificadora da LX introduce cambios significativos no capítulo relativo ós recursos, pois este, na súa redacción orixinaria constaba de tres seccións:

■ A primeira, recursos contra providencias e autos, regulando en particular os de súplica e apelación.

■ A segunda, recursos ordinarios contra as sentencias, limitada ó recurso de apelación.

■ A terceira, recursos extraordinarios contra as sentencias, regulando o de apelación en interese da lei e o de revisión, se ben neste coexistían, xunto ós motivos característicos da revisión propiamente dita, outros de claro alcance de casación.

Trala reforma, o devandito capítulo componse de cinco seccións:

■ Sección 1ª, coa mesma rúbrica de “recursos contra providencias e autos”, o contido da cal queda reducido a un único precepto, o art. 92, que regula exclusivamente o recurso de súplica.

■ Sección 2ª, coa rúbrica “do recurso de casación”, que comprende os artigos 93 a 102.

■ Sección 3ª, baixo a rúbrica “do recurso de casación para a unificación da doutrina”, que no artigo 102.a que se crea vén substituí-lo anterior recurso de revisión por contradicción entre sentencias.

■ Sección 4ª, “do recurso de casación en interese da lei”, artigo 102.b, substitutorio do anterior extraordinario de apelación coa mesma finalidade.

■ Sección 5ª, “do recurso de revisión”, artigo 102.c, ó que se lle devolve o seu xenuíno sentido técnico.

2. Recurso de súplica. A Lei 10/92 introduciu importantes modificacións na delimitación das resolucións que poden ser obxecto deste recurso, ó mesmo tempo que fixa con precisión o prazo de interposición.

O seu réxime xurídico esixe distinguir, polo tanto, as resolucións contra as que procede, o seu procedemento e os seus efectos.

a) Resolucións contra as que procede:

■ Providencias, xa as dicten as salas do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo, da Audiencia Nacional ou dun Tribunal Superior de Xustiza, e dilixencias de ordenación (arts. 288 e ss. da LOPX).

■ Autos. De conformidade coa normativa anterior, este recurso era admisible contra os autos das salas do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo, agás os de

aclaración e tamén contra os autos das salas do contencioso-administrativo da Audiencia Nacional e dos tribunais superiores de xustiza (antigas audiencias territoriais) en asuntos que coñecesen en única instancia e aqueles outros casos nos que por precepto da lei, non se admitise a apelación (art. 92 non reformado, LX e art. 6.3. do Decreto-lei 1/1977, do 4 de xaneiro).

De conformidade coa nova normativa o recurso é admisible contra autos, calquera que sexa o seu contido e o órgano xudicial do que procedan, aínda que se trate de autos contra os que se admite tamén o recurso de casación, pois para prepara-lo recurso nestes casos é requisito necesario interpoñer previamente o recurso de súplica (art. 94.1 e 2 LX reformada). Sen embargo, exceptúanse:

■ Os que resolven os recursos de súplica. Antes da reforma excluíanse do recurso de apelación e agora do recurso de súplica.

■ Os autos de aclaración. Independentemente de que a aclaración, de proceder, se efectúe de oficio ou por instancia de parte, o auto que se dicte non se poderá recorrer en súplica.

■ Os de non admisión do recurso de casación (art. 92.2 e 100.5 LX). Loxicamente, os autos de admisión do recurso de casación tampouco admiten recurso de súplica. Ámbolos dous autos non se deben confundir co auto de denegación da remisión dos autos –perdón pola redundancia– á Sala Terceira do Tribunal Supremo, se non se cumpren os requisitos sinalados no artigo 96 ou a resolución impugnada non é susceptible do recurso de casación (art. 97.2). Auto contra o que se poderá, sen embargo, interpoñer recurso de queixa. Pola súa banda, o artigo 48 da LX exclúe deste (enténdase do recurso de súplica) e de calquera outro, o auto do tribunal denegando ou accedendo á acumulación ou ampliación.

**b) Procedemento.** O recurso de súplica interponse por escrito no prazo de cinco días, que comezan a contar desde o día seguinte ó da notificación da resolución impugnada.

Do escrito de interposición darase traslado ás demais partes, xeralmente de tres días, co fin de que aleguen o que lle conveña ó seu dereito. Transcorrido o devandito

prazo, con alegacións ou sen elas, o tribunal decidirá (art. 92.3 LX, reformada).

Especial importancia neste procedemento teñen tanto os prazos que se deben observar para interpoñer este recurso coma para dar traslado ás demais partes, unha vez interposto, xa que a súa inobservancia pode levar consigo, ben a firmeza da resolución que se pretende combater, ben a perda do dereito a formula-las alegacións que de se-lo caso conveñan.

Evidentemente, o prazo para interpoñer este recurso –como xa sinalamos– é de cinco días; deste xeito, a Lei 10/92 soluciona o problema de se o devandito prazo era de cinco días en todo caso (que é o que establece o art. 402 da LAC) ou se era de tres días cando se impugnan providencias ó abeiro do art. 377 da LAC. A cuestión resolveuna o Tribunal Supremo por auto do Pleno con data do 16 de outubro de 1986, ó sinalar que o devandito prazo non é outro que o que establece o art. 402 do citado texto legal.

c) Efectos. A súa estimación pode levar consigo a modificación da resolución combatida; pola contra, a súa desestimación pode levar consigo a confirmación da mesma.

3. Recurso de casación ordinario. Na LOPX, como sabemos, é unha das novidades máis relevantes nesta orde xurisdiccional o recurso de casación –sinala Aragoneses Beltrán–. En efecto, o artigo 53 establece que a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo coñecerá: 2º Dos recursos de casación que se interpoñan contra as sentencias dictadas pola Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional. 3º Dos recursos de casación que estableza a lei contra as sentencias dictadas en única instancia polas salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza en recursos contra actos e disposicións procedentes de órganos da Administración do Estado.

4. Dos recursos de casación que estableza a lei contra as sentencias dictadas en única instancia polas salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza en relación con actos e disposicións das comunidades autónomas e sempre que o devandito recurso se fundamente en infracción de normas non emanadas dos órganos daquelas.

Agora ben, a súa disposición transitoria 34ª estableceu, ata a aprobación da Lei de planta, a continuación da organización e competencias que tiñan os órganos xurisdiccionais existentes na data de entrada en vigor desta lei.

A promulgación da Lei de planta formulou a cuestión de se desde ese momento se achaba vixente ou non o recurso de casación, o que resolveu negativamente o Pleno do Tribunal Supremo por Auto do 20 de marzo de 1990 con base nun triple razoamento:

a. As previsións do artigo 58 precisan o complemento de detalle da lei procesual, que non pode resultar do carácter supletorio da Lei de axuizamento civil, pois a disposición adicional 6ª da LX non se podía referir a un recurso como o de casación do que expresamente se prescinde.

b. O artigo 58.1 da Lei de planta dentro das disposicións de orde procesual para a efectividade da planta xudicial, establece unha normativa específica para o recurso de apelación contra as sentencias dos tribunais superiores de xustiza, o que demostra a súa subsistencia.

c. A vixencia da casación como está regulada na Lei de axuizamento civil agravaría seriamente a situación de atraso na tramitación dos asuntos do Tribunal Supremo.

Deste xeito, a virtualidade do recurso de casación quedou condicionada ó establecemento dese complemento procesual por medio da Lei 10/92 no que á orde xurisdiccional contenciosa se refire.

Segundo a exposición de motivos da mesma (punto 4) foi necesario, en efecto, abordar sen maior demora a regulación do recurso de casación na orde xurisdiccional contencioso-administrativa. Sen embargo, iso non obsará para que se continúen realizando tódalas actuacións que sexan necesarias para a mellor adecuación deste procedemento.

O recurso de casación nesta orde –importante novidade no noso ordenamento, como sinalamos–, que sen dúbida ofrece algunhas importantes peculiaridades, mantense, sen embargo, dentro da liña típica destas accións de impugnación, a finalidade básica das cales é a protección da norma e a creación de pautas interpretativas uni-

formes que presten a máxima seguridade xurídica conforme ás esixencias dun Estado de dereito.

O seu réxime esixe distinguir tamén uns requisitos, un procedemento e uns efectos.

a) *Requisitos.* Verbo dos requisitos, estes refírense principalmente á competencia do órgano xudicial que ha de coñecer dos mesmos, á lexitimación e ás resolucións que son susceptibles de impugnación.

En efecto, deste recurso coñecerá a Sala Terceira do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo; están lexitimados para a súa interposición os que fosen parte no proceso no que se dictou a resolución obxecto do recurso (art. 96.3 LX), pero non abonda con ser parte no proceso senón que cómpre que a resolución do tribunal *a quo* lle sexa desfavorable na súa totalidade ou polo menos en parte; neste suposto, ámbalas partes estarían lexitimadas.

De existir en varios suxeitos lexitimados activamente e só algún deles recorrer, os demais non se poderán adherir á casación, ó non se considerar esta posibilidade na nova lei, e sobre a lexitimación do coadxuvante a xurisprudencia considera que o artigo 95.2 da LXCA foi derogado por inconstitucionalidade sobrevida, recoñecéndolle polo tanto lexitimación ó coadxuvante para recorrer con independencia da parte principal. Así, entre outras, as sentencias do 10 de novembro de 1989 e a do 12 de novembro de 1991.

No tocante á parte que non se ve agravada pola resolución do tribunal *a quo*, estará, sen dúbida, lexitimada pasivamente para se opoñer ó recurso, formulando alegacións sobre a súa non procedencia co fin de defende-la resolución que lle supón beneficio ou polo menos lle impide un prexuízo.

Verbo da representación e defensa das partes, o artigo 97 no seu apartado 1 *in fine*, impón o emprazamento das mesmas para a súa comparecencia mediante procurador ante a Sala do Contencioso-Administrativo; por conseguinte, unha vez preparado o recurso de casación, a súa presentación así como a súa formulación esixe a intervención do procurador, que deberá ser asistido dun avogado, esixencia que introduce a partir dun determinado momento da tramitación do recurso, polo que ata o momento haberá que averse ás normas xerais que o art. 33 da LR establece.

En canto ós requisitos obxectivos, son susceptibles de impugnación en casación:

1. As sentencias da Sala do Contencioso-Administrativo da Audiencia Nacional e as dictadas en única instancia polas salas do Contencioso-Administrativo dos tribunais superiores de xustiza (art. 93 da LR reformado).

Agora ben, percíbese en seguida a distinción, para os efectos deste recurso, entre sentencias da Audiencia Nacional e as dictadas en única instancia polos tribunais superiores de xustiza, pois no caso da Audiencia Nacional todas parecen ser recorribles e no caso dos tribunais superiores de xustiza só as que dicten en única instancia, recolléndose así a terminoloxía da Lei orgánica do poder xudicial (art. 58, puntos 2, 3 e 4).

Deste xeito, só acceden á casación as sentencias dictadas en única instancia polos tribunais superiores, que son as recaídas nos recursos comprendidos no nº 1 do artigo 74 da Lei orgánica (contra actos e disposicións dos órganos da Administración do Estado que non estean atribuídos ou se atribúan por lei a outros órganos desta orde xurisdiccional; contra os actos e disposicións administrativas do Consello de Goberno da Comunidade Autónoma, do seu presidente e dos conselleiros, excepto que confirmen pola vía administrativa de recurso ou en procedemento de fiscalización ou tutela os dictados por órganos ou entidades distintos; contra as disposicións de goberno da Asemblea Lexislativa da Comunidade Autónoma e dos seus comisionados, en materia de persoal e actos de administración).

Polo tanto, segundo a lei orgánica, o recurso de casación queda limitado ás sentencias dictadas en única instancia en procesos contra actos da Administración xeral do Estado e das comunidades autónomas, quedando excluídas as dictadas en segunda instancia, no caso de recorrerse as resolucións dos xulgados do contencioso-administrativo con sede na Comunidade Autónoma, unha vez que os mesmos entren en funcionamento. Sen dúbida, este mecanismo que considera o artigo 74.2 da Lei orgánica do poder xudicial impide que as sentencias recaídas en recursos contra actos e disposicións da Administración local accedan á casación –como advirte Aragonese Beltrán–, pero como aínda os devanditos xulgados

non se crearon, dos recursos que no seu día coñecerán en primeira instancia os xulgados do contencioso-administrativo, transitoriamente por aplicación do art. 57 da Lei de planta, as resolucións que dicten os tribunais superiores, en exercicio da competencia daqueles, estarán suxeitos ó réxime xeral de recursos, e de momento é admisible o recurso de casación con suxeición ó devandito réxime.

Sen embargo, exceptúanse do establecido no apartado 1 do artigo 93 citado:

a. As sentencias que se refiran a cuestións de persoal ó servicio da Administración pública, salvo que, estrictamente, afecten á extinción da relación de servicio dos que xa tivesen a condición de funcionarios públicos, excepción que contraexcepciona a presente excepción e coa que o lexislador pretende corrixir-lo exceso de certas interpretacións da xurisprudencia que configurou como supostos de extinción da relación de funcionarios, entre outros, os seguintes: a imposibilidade ou impedimento de acceso á función pública, a excedencia voluntaria por incompatibilidade dun posto de traballo con outro no sector público ou privado, de se-lo caso.

b. As recaídas, calquera que fose a materia, en asuntos cunha contía que non exceda os seis millóns de pesetas. Dese xeito, a Lei 10/92 eleva a contía mínima de 500.000 pesetas para admiti-lo recurso de apelación de conformidade coa LR (texto non reformado) a seis millóns, ó mesmo tempo que substitúe o recurso de apelación polo de casación.

c. As dictadas no recurso contencioso-administrativo regulado no artigo 7.6 da Lei 62/78, do 21 de decembro. A propósito, ha de indicarse que as resolucións dictadas no recurso contencioso, tramitado polo procedemento especial previsto e regulado na LPXDF serán susceptibles de recurso de casación nos mesmos casos en que o son as dictadas en procesos ordinarios, sen embargo o artigo 7.6 exceptúa desta regra a resolución recaída no brevísimo procedemento que se incoe con motivo da prohibición ou da proposta de modificación de reunións previstas na Lei reguladora do dereito de reunión e manifestación, do 15 de xullo de 1983.

d. As dictadas en recursos contencioso-electorais. Iso



non é senón unha reiteración do previsto no artigo 114.2 da Lei orgánica 5/1985, de réxime electoral xeral, trala súa reforma pola, tamén, Lei orgánica 8/1991, do 13 de marzo.

Por último, tampouco serán recorribles, *a sensu contrario* do que dispón o artigo 93 no seu punto 4, as sentencias dictadas polas salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza, non comprendidas no apartado 2, respecto de actos e disposicións das comunidades autónomas, cando o recurso se funde en infracción das normas emanadas dos órganos daquelas ou se por non emanar das mesmas a infracción non é relevante nin determinante do fallo da sentenza.

2. As sentencias que se dicten en virtude do recurso interposto ó abeiro dos parágrafos dous e catro do artigo 39 da LXCA, pois de conformidade con este precepto non só se poden impugnar directamente disposicións de carácter xeral que emanen da Administración competente, senón que tamén é admisible a impugnación dos actos que se produzan en aplicación das mesmas, fundada en que tales disposicións non son conformes ó dereito.

A falta de impugnación directa dunha disposición ou a non admisión do recurso que fronte a ela se interpuxese non impedirá impugnar os actos de individual aplicación, cando se funde en que as mesmas non son conformes ó dereito. As sentencias que recaian, evidentemente, nos correspondentes recursos de impugnación serán recorribles en todo caso en casación.

3. As sentencias que dictan en única instancia os tribunais superiores, non comprendidas no punto 2 do art. 93 en recursos contra actos e disposicións dunha Comunidade Autónoma, cando o recurso de casación se funde en infracción de normas non emanadas dos órganos daquelas e esta infracción non só sexa relevante senón tamén determinante do fallo da sentenza.

4. As resolucións do Tribunal de Contas en materia de responsabilidade contable nos casos que prevé a Lei 7/1988, do 5 de abril.

Por outra banda, o recurso de casación é admisible tamén contra autos nos seguintes supostos:

a. Os que declaren a non admisión do recurso contencioso-administrativo ou fagan imposible a súa conti-

nuación. Interposto o recurso, entre outras actividades, verifícanse as seguintes:

1º Anuncio do recurso nos boletíns pertinentes.

2º Reclamación do expediente á Administración.

3º Admisión do recurso, podendo o tribunal decreta-la súa non admisión cando conste de xeito inequívoco e manifesto: a falta de xurisdicción; deducirse o recurso contra algún dos actos excluídos de impugnación; ter caducado o prazo de interposición, etc...

O tribunal, loxicamente, antes de decreta-la non admisión, faralles saber ás partes o motivo en que se poida fundar, para que aleguen o que estimen procedente e acompañen os documentos que proceda, acordando -como se anticipou- a admisión ou, de se-lo caso, a non admisión do recurso por auto, contra o que se pode deducir recurso de casación (art. 62 en relación co art. 94.1. a reformado).

Outro suposto de non admisión do recurso pode ter lugar, cando efectuadas as alegacións previas, antes de responde-la demanda, e realizado o traslado dos razoamentos ó respecto pola parte demandante, o tribunal dicta auto estimando as alegacións, auto que impide continuo-lo proceso contencioso-administrativo; de aí que contra o mesmo caiba tamén recurso de casación (art. 71 en relación co art. 94.1.a reformado).

Verbo dos autos que fan imposible a continuación do proceso, pódese cita-lo auto polo que se considera o demandante desistido do recurso contencioso-administrativo (art. 88 da LR) ou o auto polo que se acorda a caducidade, de se dete-lo procedemento durante un ano, unha vez presentada a demanda, por culpa do demandante (art. 91 da LR), autos que se poden recorrer en casación, de se teren dictado con infracción da legalidade e de haber algunha parte con interese lexítimo en que o proceso continúe -sinála González Pérez-.

b. Os que lle poñan termo á peza separada de suspensión, xa se acceda ou xa se denegue a mesma.

c. Os recaídos en execución de sentenza, se resolven cuestións non decididas, directa ou indirectamente, na sentenza ou o auto contradiga o executado, precepto en liña co disposto no punto 2º do art. 1.687 da LAC no

que, ademais, se refire a aqueles autos que resolvan puntos substanciais non controvertidos no preito.

Os requisitos obxectivos esixen examinar non só as resolucións contra as que o recurso de casación procede, senón tamén os motivos en que se ha de fundar.

Estes son limitados, xa que a casación só se pode fundar nalgún dos motivos que enumera o artigo 95 da LR, trala súa reforma pola Lei 10/92.

O primeiro motivo que pode permitir fundalo merecido recurso é: o abuso, exceso ou defecto no exercicio da xurisdicción.

Desde o punto de vista xurídico-procesual, a xurisdicción é un presuposto que se ha de dar no momento de se inicia-lo proceso, non podendo corrixirse a súa falta, falta que se ha de apreciar, mesmo de oficio, ou na tramitación de admisión (art. 61), ou no de alegacións previas (art. 71) ou finalmente ó dictarse a sentenza (art. 82.a).

A mesma ten unha extensión e uns límites, pois o órgano xurisdiccional contencioso-administrativo unicamente ha de coñecer das pretensións que se deduzan en relación cos actos da Administración pública suxeitos ó dereito administrativo e coas disposicións de categoría inferior á lei (art. 1 da LR). Evidentemente, se o dito órgano coñece pretensións non atribuídas ou se abstén de coñecerlas atribuídas, incorrerá en exceso ou defecto de xurisdicción; loxicamente, a falta manifesta de xurisdicción constitúe un dos supostos de nulidade que enumera o art. 238 da LOPX.

Ó abeiro deste motivo, pódese denunciar –como indica González Pérez– a falta de xurisdicción por razón do territorio, cando a reclamación presentada corresponde a un tribunal estranxeiro; a falta de xurisdicción, cando a cuestión formulada estea atribuída ó Tribunal Constitucional ou a outro órgano xudicial pertencente a distinta orde xurisdiccional. Sen dúbida, o que recorre haberá de explicar en que sentido o órgano xurisdiccional contencioso invade competencias daqueles órganos, co fin de apreciar-lo abuso ou exceso de xurisdicción que denuncie ou en que medida se abstén de coñecer-la pretensión deducida ante o mesmo, tal como sinala a Sentencia do TS do 12 de febreiro de 1991.

O segundo motivo que enumera o art. 95 para fundalo recurso de casación é a incompetencia ou non adecuación de procedemento.

A incompetencia pode ser xerárquica ou territorial e débese citar no escrito de interposición do recurso o precepto da LOPX ou da LXCA en que se fundamenta a incompetencia. En efecto, como sinala o artigo 117.3 da CE, o exercicio da potestade xurisdiccional correspóndelles ós xulgados e tribunais segundo as súas normas de competencia que as leis establezan, competencia que se pode definir como o conxunto de procesos en que un tribunal pode exercer, conforme á lei, a súa xurisdicción (Gómez Orbaneja).

Podendo se-la mesma xerárquica ou obxectiva, cando se lle atribúe a un determinado xulgado ou tribunal o coñecemento dun proceso en función da natureza ou contía da pretensión do actor e territorial, cando o dito coñecemento se lle atribúe a un órgano xudicial de igual ou distinto rango ou tipo, con exclusión doutros nun determinado territorio en función duns criterios legais ou convidados, denominados foros, pódese da-la circunstancia de que un determinado tribunal coñeza procesos non atribuídos, nin por razón da materia nin por razón do territorio, o que é factible denunciar por este motivo, igual que a non adecuación do procedemento, no caso de se tramita-la pretensión deducida por procedemento distinto do legalmente previsto.

O terceiro motivo no que se pode fundalo recurso de casación é o quebrantamento das formas esenciais do xuízo por se teren infrinxido as normas reguladoras da sentenza ou por se teren infrinxido as normas que rexen os actos e garantías procesuais, sempre que, neste último caso, se producise indefensión para a parte.

No tocante á infracción das normas reguladoras da sentenza, esta pode ter lugar, se non se observa o disposto no art. 248.3 da LOPX que derroga o artigo 372 da LEC, e se non se observa o disposto no artigo 359 deste último texto legal, o disposto na LX e no texto constitucional (art. 24 e 120.3), e se ben resulta difícil precisar con rigor esas infraccións, polo menos hanse de entender comprendidas esas precisións neste inciso do motivo de casación os supostos de falta de claridade e precisión da

sentencia, os casos de incongruencia, a omisión de pronunciamiento, ausencia ou insuficiencia de motivación, inobservancia da cousa xulgada, contradicción na parte dispositiva, etc.

Verbo da infracción das normas que rexen os actos e as garantías procesuais, sempre que neste caso se lle producise indefensión á parte, hase de sinalar que entrarían neste inciso do motivo de casación a falta de empraçamento e de audiencia, a falta de personalidade nas partes, a falta de personalidade no procurador coa conseguinte falta de asistencia e defensa daquelas, a falta de recibimento, a proba ou a denegación dunha dilixencia probatoria que fose admisible, falta de citación para a práctica da mesma ou falta de notificación de sinalización para sentencia, defectos na constitución do órgano que ha de dicta-la mesma, ben porque concorran menor número de maxistrados dos que procede ou ben porque algún fose recusado e así se acordou, etc. Neste sentido debemos lembrar que o artigo 238.3 da LOPX sinala que a infracción dos principios de audiencia, asistencia e defensa sempre que efectivamente se producise indefensión, comporta a nulidade de pleno dereito dos actos xudiciais.

Entre as normas que rexen as garantías procesuais destaca o artigo 24.2 da CE, segundo o cal todos teñen dereito ó xuíz ordinario predeterminado pola lei, á defensa e á asistencia de letrado, a un proceso público sen dilacións indebidas e con tódalas garantías, a utilizarlos medios de proba pertinentes para a súa defensa, etc..., normas a infracción das cales leva consigo normalmente indefensión e que, no caso de ser transcendente e non corrixida, malia terse pedido a corrección da devandita falta ou transgresión, como así o impón o art. 95.2 da LR reformada, poden funda-lo recurso de casación.

A estas infraccións hase de engadi-la infracción das normas que regulan o acceso ó proceso, pois con base niso establece o artigo 12.3 da LOPX que os xulgados e tribunais, de conformidade co principio de tutela efectiva consagrado no artigo 24 da Constitución, deberán resolver sempre sobre as pretensións que se lles formulen, e só poderán desestimalos por motivos formais cando o defecto non se puidese corrixir ou non se corrixise polo procedemento establecido nas leis.

O cuarto motivo que pode facer factible a interposición do recurso de casación é a infracción das normas do ordenamento ou a xurisprudencia que fosen aplicables para resolve-las cuestións obxecto de debate, como sinala a LXCA no artigo 95.1,4º reformado.

No relativo ás normas do ordenamento xurídico, a infracción do cal se pode denunciar neste recurso están, en primeiro lugar, os preceptos constitucionais, que mereceron especial tratamento na LOPX, artigo 5.4, no que se indica que “en tódolos casos en que, segundo a lei, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentala infracción do precepto constitucional. Neste suposto, a competencia para decidi-lo recurso corresponderalle ó Tribunal Supremo sempre, calquera que sexa a materia, o dereito aplicable e a orde xurisdiccional”.

Na orde xurisdiccional contencioso-administrativa, o recurso de casación non só se ha de fundar, como nas demais ordes xurisdiccionais, na lei ou nas normas legais, senón tamén en normas de carácter regulamentario ou en principios xerais de dereito, sen necesidade de que unha lei ou doutrina legal así o sancione –como pon de manifesto González Pérez–. O que si parece admisible é a esixencia, segundo a xurisprudencia civil, de que a norma violada teña carácter substantivo. Na casación civil, ata a reforma de 1984 subsistía unha distinción: violación, interpretación errada ou aplicación indebida das leis ou doutrinas legais aplicables ó caso; sen embargo, trala dita reforma aquela distinción desapareceu, polo que a Lei 10/92 non fai caso da mesma, aínda que si se poida invocala infracción das normas sobre interpretación unicamente para funda-lo recurso de casación, se se invocan para demostralas indebida interpretación da norma aplicada. Por último, na interposición do recurso hanse de respecta-los feitos da resolución recorrida e as infraccións hanse de articular en motivos separados –conclúe González Pérez–.

Respecto da infracción da xurisprudencia, esta pode fundar tamén o recurso de casación; a mesma constitúea a doutrina do Tribunal Supremo de xeito reiterado, ó aplicar de modo constante e uniforme o dereito, ou o que é o mesmo, ó interpretar e aplica-la lei, o costume e os principios xerais do dereito (art. 1.6. do Código civil). Debemos matizar que só constitúen xurisprudencia as con-

sideracións que formen a *ratio decidendi* da sentenza, pero non as que sexan simples *obiter dicta*, esixindo o Tribunal Supremo, no tocante á reiteración, que deben terse producido polo menos dúas resolucións concordantes.

En canto ós requisitos de actividade destaca o prazo para presenta-lo escrito de preparación do recurso que será de dez días. Transcorrido ese prazo sen se ter preparado o recurso, a sentenza ou resolución quedará firme. O dito prazo computarase desde o día seguinte á notificación da sentenza ou da resolución recorrida, cómputo no que se haberán de observa-los días que son non hábiles no territorio do tribunal *a quo*, ante o que se prepara o recurso, os días que o sexan no tribunal *ad quem*, ante o que se interpón.

**b) Procedemento.** A LXCA, trala reforma que sufriu pola Lei 10/92, do 30 de abril, sistematiza o procedemento do recurso de casación en cinco momentos fundamentais: preparación, interposición, admisión, substanciación e decisión (art. 96 a 102).

**Preparación.** O que se propoña interpo-lo recurso presentará ante a sala que dictase a sentenza ou resolución recorrida, no prazo de 10 días, desde que aquela se lle notificou –como se sinalou– un escrito manifestando a súa intención de interpoñelo cunha breve exposición de que se dan os requisitos esixidos. O devandito escrito, por conseguinte, constitúe o acto de iniciación deste proceso de impugnación, que é a casación. Para iso hanse de cumprir os requisitos que son esixibles, isto é: estar lexitimado para interpoñelo (art. 96.3) e preparalo ante o mesmo órgano xurisdiccional que dictase a resolución recorrida (art. 96.1) mediante escrito no que debe manifesta-la súa intención de interpoñelo e expresar que se dan estes requisitos, incluído o feito de que a resolución recorrida é susceptible do recurso de casación. Este escrito presentárase ante o tribunal *a quo* no prazo indicado.

No suposto de que sexan obxecto de casación as sentencias dictadas en única instancia polas salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de xustiza non comprendidas no apartado 2 do art. 93, respecto de actos ou disposicións das comunidades autónomas, cando o recurso se funde en infracción de normas non emanadas dos órganos daquelas, hase de xustificar que

a infracción desa norma non emanada dos órganos da Comunidade Autónoma foi relevante e determinante da resolución da sentenza (art. 96.2 en relación co art. 93.4 reformados).

O tribunal *a quo* deberá verificar se se cumpren ou non os requisitos que a lei esixe; polo tanto, se o escrito presentado cumpre estes requisitos, a Sala do Contencioso da Audiencia Nacional ou do Tribunal Superior de Xustiza terao preparado e dentro dos cinco días seguintes remítelle os autos á Sala Terceira do Tribunal Supremo, deixando testemuño bastante dos autos e da resolución recorrida para proceder á súa execución (art. 98.2 LX). Ó mesmo tempo, emprazará as partes para que comparezan, mediante procurador, no prazo de 30 días ante a citada sala do Tribunal Supremo (art. 97.1 LX).

De non se cumpriren os devanditos requisitos, o tribunal *a quo* denegará tanto a remisión dos autos como o emprazamento das partes ante o tribunal *ad quem* (art. 97.2 LX); sen embargo, de conformidade co artigo 129.2 da LX, se o defecto fose corrixible, mediante providencia deberáse adverti-lo dito defecto ó que recorre e concederlle un prazo de 10 días para que o corrixa; no suposto de que non o fixese así, dictarase auto de denegación, contra o que poderá interpor recurso de queixa que se substanciará na forma prevista na LAC (art. 97.2 LX).

Interposición. O recurso interponse ante a Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, mediante escrito no que se contén a pretensión de impugnación, expresándose o motivo ou motivos do recurso e citando con precisión e claridade a lei ou doutrina legal que se considera infrinxida (art. 99.1 LXCA).

Loxicamente, o recorrente hase de presentar e formaliza-lo recurso dentro do termo da convocatoria, transcorrido o cal sen formalizalo, se declara deserto e se ordena a devolución das actuacións á sala de procedencia (art. 99.2 LR)

Se o recorrente fose o avogado do estado ou o fiscal, a sala do Tribunal Supremo, en canto reciba os autos da sala *a quo*, dictará unha providencia, dándolle o traslado dos mesmos a aqueles por un prazo de 30 días, para que se manifesten se sosteñen ou non o recurso e en caso afirmativo formalizarán o recurso; se non, declárase deserto.



■ Admisión. Antes de examinarse o recurso en canto ó fondo do asunto, quere a lei que se provexa sobre a súa admisión.

Para iso, unha vez interposto, pasaránselle as actuacións ó maxistrado poñente para a súa instrución, co fin de que someta de palabra á deliberación da sala a resolución sobre a súa admisión ou non admisión; polo tanto, é a Sala do Contencioso do Tribunal Supremo a que decide sobre a súa admisión ou non, trámite este de vital importancia, porque do mesmo depende de que se satisfaga ou non o dereito á tutela xudicial efectiva, un dos dereitos fundamentais do cidadán que considera o art. 24 da CE.

Sen dúbida procederá á súa non admisión e así o acordará por auto a sala cando non se preparase ante o mesmo órgano xurisdiccional que dictou a resolución recorrida; cando o interpoña a parte non lexitimada; cando a resolución impugnada non sexa susceptible do recurso de casación; que non se prepare en prazo (art. 96 e 97 LR); que non conteña o recurso a pretensión de impugnación; que non exprese os motivos en que se ha de fundar ou, no caso de expresa-los mesmos, non sexan estes ningún dos que enumera o art. 95; que no suposto de invocar infracción das normas que rexen os actos e garantías procesuais, sempre que lle produza indefensión, non teña pedido corrección da falta ou da transgresión na instancia de existir momento procesual oportuno para iso; que non cite as normas ou a xurisprudencia que considere infrinxidas ou no caso de cita-las mesmas, non garden ningunha relación coa cuestión debatida; entón a sala acordara a súa non admisión –como se sinalou–, aínda que pode ocorrer que sexa admisible, non por tódolos motivos alegados, pero si por algúns, neste caso así o acordará.

Pode darse, por outra banda, a circunstancia de que o recurso careza manifestamente de fundamento ou se desestimase no fondo outros recursos substancialmente iguais; neste caso, antes de acordarse a non admisión do recurso oírase a parte recorrente no prazo de dez días, facéndolle sabe-la posible causa de non admisión e a continuación resolverá o que proceda. Evidentemente, esa audiencia previa legalmente non é extensible ós casos a e b, punto 2 do art. 100, co que a tutela xudicial efectiva pode crebar, resultando por outro lado nesos puntos re-

trógrada a norma, se a comparamos co artigo 129 da LR; de aí que de conformidade co art. 5 da LOPX haxa que interpretala segundo os preceptos e principios constitucionais.

De se admiti-lo recurso, pasarase á tramitación seguinte, que é a substanciación. A substanciación do recurso de casación verifícase a través das oposicións e, de se-lo caso, da vista.

En efecto, unha vez admitido, entrégase copia do mesmo á parte ou partes recorridas e presentadas para que formalicen o escrito de oposición no prazo de 30 días. Con ese fin, poranse de manifesto as actuacións en secretaría para que se poida instruír e efectua-las alegacións que estime pertinentes para a non admisión por incumprimento dos requisitos procesuais e á improcedencia do mesmo, por non se daren as infraccións denunciadas.

Transcorrido o prazo, teñan ou non presentado escrito de oposición, a sala sinalará día para a vista ou, de se-lo caso, para votación e resolución.

A devandita vista realizarase cando as partes o pidan ou a sala o estime necesario, atendendo á índole do asunto. A solicitude da vista efectuarase nos escritos de interposición ou de oposición.

■ **Decisión.** Mediante sentenza, que se dictará no prazo de 10 días desde a realización da vista ou do sinalado para a votación e resolución.

c) **Efectos.** Son diferentes segundo o contido da sentenza. Así, se a sentenza é estimativa do 1º dos motivos do artigo 95: ter incorrido en abuso, exceso ou defecto de xurisdicción.

Neste motivo imponse distinguir, pola súa vez, se o motivo estimativo é o exceso de xurisdicción, isto é, o terse pronunciado sobre unha pretensión, deducida polo recorrente, o coñecemento da cal non estaba atribuído ó tribunal *a quo*; neste caso, o Tribunal Supremo anulará a sentenza e indicará a concreta orde xurisdiccional que fose competente, preservándolle deste modo ó recorrente o seu dereito a exercer-la pretensión ante quen corresponda e polo procedemento axeitado.

Se, pola contra, o tribunal *a quo* non coñeceu o asunto que lle fora atribuído, neste caso o Tribunal Supremo, tras anula-la sentenza, por razóns de economía procesual

o propio tribunal dicta sentenza sobre o fondo do asunto. Neste suposto o motivo estimativo serao por defecto de xurisdicción.

De estimarse a sentenza do tribunal *a quo* polo 2º dos motivos do art. 95, isto é, cando o tribunal se considere competente e non o sexa, por razóns de economía procesal o Tribunal Supremo deberase pronunciar sobre a cuestión de fondo. Se o procedemento non fose o axeitado, anulará a sentenza e indicarlles ás partes cal é o proceso correcto mediante o cal exercerán as súas pretensións, con tódalas garantías, ante o tribunal *a quo*, que será quen se pronuncie sobre a cuestión de fondo.

No caso de que a sentenza fose estimativa do 3º motivo do apartado 1 do artigo 95, ou o que é o mesmo, se estimase que se incorreu en infracción de normas reguladoras da sentenza polo tribunal *a quo*, o art. 102.1.2º da LR remite ó que se establece no artigo nº 3 sobre sentenza estimativa por motivos de fondo. Se se estimase que se incorreu en infracción das normas que rexen os actos e as garantías procesuais, “mandaráselle repoñer as actuacións ó estado e no momento en que se incorrese na falta”.

No suposto de que se estime o motivo 4º, do punto 1 do art. 95, o Tribunal Supremo resolverá o que corresponda dentro dos termos en que apareza formulado o debate (art. 102.1.3º LR), polo tanto, casará a recorrida, resolvendo nunha soa sentenza conforme ó dereito.

■ Se a sentenza do tribunal *ad quem* fose non estimativa, declarará que non procede o recurso.

■ Costas. Na sentenza que declare que procede o recurso, a sala resolverá en canto ás costas da instancia conforme ás regras xerais, e en canto ás do recurso, que cada parte satisfaga as súas. Cando a sentenza declare que non procede o recurso, imporalle as mesmas ó recorrente (art. 102.2 e 3 LR).

#### 4. Recurso de casación para a unificación de doutrina

Con anterioridade á Reforma do 30 de abril de 1992 pola Lei 10/92, a contradicción que puidese existir entre resolucións das salas do contencioso-administrativo ou con sentencias do Tribunal Supremo respecto dos mes-

mos litigantes ou doutros diferentes en idéntica situación, onde, en méritos a feito, fundamentos e pretensións substancialmente iguais, se chegue a pronunciamentos distintos, constitúan un dos motivos para funda-lo recurso extraordinario da revisión (art. 102.1.b LX). Despois da reforma este motivo de casación permite funda-lo recurso de casación para a unificación da doutrina.

Con anterioridade sinalouse que un dos motivos que podía fundamenta-la casación ordinaria era a infracción da xurisprudencia que fose aplicable para resolve-las cuestións obxectos de debate (art. 95.1.4º da LX); iso comporta a existencia da doutrina xurisprudencial, doutrina legal, pero se aínda non existe esta doutrina, a contradicción dunha sentenza con outra só é denunciabile mediante este recurso de casación para a unificación da doutrina (art. 102.a LX).

Verbo dos requisitos subxectivos deste recurso, o propio art. 102-a.3 sinala que coñecerá do mesmo, dentro da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Supremo, a sección que corresponde de acordo coas regras xerais de organización da mesma sala. Non obstante, cando se trata de sentencias dictadas en única instancia polo Tribunal Supremo, coñecerá o recurso unha sección composta polo presidente do Tribunal Supremo, o da Sala Terceira e cinco maxistrados desta mesma sala, que serán os dous máis antigos e os tres máis modernos, regra esta que a González Pérez lle parece de dubidosa legalidade, xa que iso se establece por lei ordinaria. Sen embargo, o Acordo da Sala de Goberno do Tribunal Supremo, do 14 de maio de 1992 establece que a Sección Primeira da Sala Terceira coñecerá os recursos de casación para a unificación de doutrina a "excepción dos casos en que o seu coñecemento lle corresponda á sección que dirixe o presidente do TS e a composición da cal detalla o nº 3 do devandito artigo".

No tocante ós requisitos obxectivos, son susceptibles de se impugnar neste recurso aquelas sentencias que non sexan susceptibles de recurso de casación ordinaria a teor do art. 93.2, sempre que a súa contía exceda de un millón de pesetas. Sen embargo, en ningún caso serán recorribles as sentencias ás que se refiren os apartados a), c) e d) do apartado 2 do artigo 93, polo que exclúe todas, excepto as do apartado b), se ben fixa un mínimo na contía para que sexa admisible este recurso.

Recompilando, serán susceptibles deste recurso as sentencias dictadas en única instancia polo Tribunal Supremo; as sentencias dictadas en única instancia pola Audiencia Nacional, segundo o artigo 66 da LOPX; as sentencias dictadas en única instancia polos tribunais superiores, sempre que haxa contradicción dunha sentenza con outra da mesma sala ou doutras salas do contencioso coas do Tribunal Supremo (art. 102-a.1, apartado segundo)

En canto ós motivos de impugnación, unicamente se dará o recurso para a unificación da doutrina, cando “respecto dos mesmos litigantes ou doutros diferentes en idéntica situación e, en mérito a feitos, fundamentos e pretensións substancialmente iguais, se chegase a pronunciamentos distintos sen existir doutrina legal”.

Verbo do procedemento, o escrito de preparación presentarse no prazo de 10 días contados, a partir da notificación da sentenza ante a Sala do Contencioso do tribunal que emita a sentenza e deba conter o fundamento da infracción legal cometida na sentenza impugnada, con relación clara e precisa da contradicción alegada. Ó mesmo tempo, achegarse certificación da sentenza ou sentencias que se estimen contradictorias, se ben o feito de non achegala será un defecto corrixible no prazo de 10 días, a non ser que a parte a solicítase en tempo oportuno e non lle fose expedida, caso no que a sala a reclamará de oficio. En todo caso, achegarse copia sempre do texto completo da sentenza ou sentencias alegadas.

Presentado o escrito ante a Sala do Contencioso do tribunal sancionador, esta remitirallo ó órgano competente xa mencionado ante o que se formalizará por escrito o recurso e unha vez interposto substanciarase igual que a casación ordinaria.

Efectos: Se a sentenza declara que procede o recurso, casará e anulará a impugnada e resolverá o debate formulado con pronunciamentos axeitados ó dereito, modificando as declaracións contidas e as situacións creadas pola sentenza impugnada. O mesmo fará resolvendo as cuestións obxecto do recurso conforme ó dereito, cando non haxa doutrina previa. Por último, os ditos pronunciamentos en ningún caso acadarán as situacións xurídicas creadas polas resolucións precedentes á impugnada.

## 5. Recurso de casación en interese da lei

Vén substituí-lo recurso extraordinario chamado “apelación” en interese da lei, análogo ó que regula a LAC, sen embargo o recurso de casación en interese da lei que introduce na orde contencioso-administrativa a LMURP difire do anterior extraordinario chamado de apelación en interese da lei, pois nel non só se lle recoñece lexitimación ó avogado do Estado, senón tamén ás entidades ou corporacións que exercen a representación e defensa dos intereses de carácter xeral ou corporativo e tivesen interese lexítimo no asunto. Por conseguinte, caracterízase porque: 1) procede contra sentencias firmes, non susceptibles doutro recurso ordinario, 2) só serve para formar xurisprudencia, sen que a súa decisión altere a situación xurídica particular derivada da sentenza que se recorre.

Segundo a LX, art. 102-b, o seu réxime xurídico pode exporse distinguindo os seus requisitos, procedemento e efectos.

**a) Requisitos.** En canto ós requisitos subxectivos, pode interpoñelo tanto o avogado do Estado como as entidades ou corporacións que exercen a representación e defensa de intereses de carácter xeral e tivesen interese lexítimo no asunto.

Verbo dos requisitos obxectivos, só pode interpoñerse contra as sentencias dictadas en única sentenza polas salas do contencioso-administrativo da Audiencia Nacional e dos tribunais superiores de xustiza non susceptibles de recurso de casación. E só procede cando se estimen gravemente daniñas para o interese xeral e errada a resolución dictada.

En canto ó requisito do tempo, o recurso en interese da lei deberase interpoñer no prazo de 3 meses que se computará, segundo regras xerais, a partir do día seguinte ó da notificación da sentenza.


**b) Procedemento.** O recurso interponse directamente ante a Sala do Contencioso do TS por escrito, ó que acompañará copia certificada da sentenza impugnada. O TS reclamaralle os autos á sala de instancia, e sen máis tramitacións, resolverá o que proceda. A devandita tramitación e resolución terá carácter preferente, e a sentenza que se dicta respectará, en todo caso, a situación

xurídica particular derivada da sentenza recorrida –como se sinalou– e cando fose estimativa fixará na sentenza a doutrinal legal, tales son os efectos do presente recurso.

## 6. Recurso de revisión

Admítese este recurso contra as sentencias firmes das salas do contencioso-administrativo do TS da Audiencia Nacional e dos tribunais superiores de xustiza nos casos seguintes:

- a. Se despois de dictada a sentenza se recobrasen documentos decisivos, detidos por forza maior ou por obra da parte en favor do cal se dictase.
- b. Se recaese a sentenza en virtude de documentos que, ó tempo de se dictar aquela, ignoraba unha das partes ter sido recoñecidos e declarados falsos ou a falsidade dos cales se recoñecese ou declarase despois.
- c. Se téndose dictado a sentenza en virtude de proba testifical, as testemuñas fosen condenados por falso testemuño dado nas declaracións que lle serviron de fundamento á sentenza.
- d. Se a sentenza se gañase inxustamente en virtude de suborno, violación ou outra maquinación fraudulenta.

Todos estes motivos son similares ós da casación civil trala reforma operada pola Lei 10/92, polo que tamén no referente a termos e procedementos o art. 102-c remite ás disposicións da LAC, se ben en canto ó recurso de revisión en materia de responsabilidade contable, haberá que adaptarse ós casos que se establecen na Lei 7/1988, do 5 de abril, de funcionamento do Tribunal de Contas. 

***Bibliografía***

GONZÁLEZ PÉREZ, "Los recursos en el proceso Contencioso-Administrativo", en *Cuadernos de Derecho Judicial* (Tomo "Jurisdicción contencioso-administrativa: aspectos procesuales"), Consejo General del Poder Judicial, 1992.

ARAGONESES BELTRÁN, "Las últimas medidas urgentes de reforma do proceso contencioso-administrativo", *Tribunal* nº 6, xuño 1992.





**X** URISPRUDENCIA



Pablo  
González  
Mariñas

Profesor titular de dereiro  
administrativo.  
Universidade de  
Santiago de Compostela

## **Dúas sentencias sobre o respecto ós principios de mérito e capacidade no acceso e promoción á función pública e o control xudicial da discrecionalidade técnica das comisións xulgadoras: STS do 4 de novembro de 1993**

(Sala 3ª, ponente: Sr. Burón Barba) e STC 353/1993,  
do 22 de novembro (ponente: Viver y Pi-Sunyer).

### **1. Consideración xeral**

O tema do acceso e promoción ás funcións públicas con respecto ós principios de mérito e capacidade (artigos 23.2 e 103.3 da CE) é sempre cuestión de actualidade e conta xa cun referente na xurisprudencia ben coñecido e consolidado. Del debe partirse cando se trata, coma neste momento, de comentar dúas sentencias, un do Tribunal Supremo, outro do Tribunal Constitucional, que achegan na miña opinión matices e consideracións importantes na sempre lenta e difícil decantación na casuística de criterios precisos para a efectiva vixencia de mandatos constitucionais como aqueles ós que me refiro.

Nesa base xurisprudencial pode salientarse, sen ánimo exhaustivo ningún, a seguinte doutrina sentada polo Tribunal Constitucional:

“Hase de lembrar que o principio de igualdade no acceso ás funcións e cargos públicos consagrado no artigo 23.2 da Constitución, que ha de pórse en necesaria conexión cos principios de mérito e capacidade no acceso ás funcións públicas do artigo 103.3 da Constitución (STC 193/1987, do 9 de decembro), refírese ós requisitos que sinalen as leis, o que lle concede ó lexislador unha ampla marxe na regulación das probas de selección e na determinación de cales han de se-los méritos e capacidades que se tomarán en consideración. Esta liberdade está limitada pola necesidade de non crear desigualdades que sexan arbitrarias en canto alleas, non referidas ou incompatibles cos principios de mérito e capacidade”. (STC 67/1989, do 18 de abril).

No mesmo sentido, a STC 50/1986, do 23 de abril, sinala que

“aínda que a esixencia de que o acceso á función pública se faga conforme ós principios de mérito e capacidade, figura no artigo 103.3 e non o 23.2 da Constitución, a necesaria relación recíproca entre ámbolos preceptos, que unha interpretación sistemática non pode descoñecer, autoriza a concluír que, a máis da definición xenérica dos requisitos ou condicións necesarias para aspirar ós distintos cargos e funcións públicas, o artigo 23.2 da Constitución impón a obriga de non esixir para o acceso á función pública requisito ou condición ningunha que non se refira ós indicados conceptos de mérito e capacidade, de xeito que se puidesen considerar tamén violadores do principio de igualdade todos aqueles que, sen esa referencia, establezan unha diferenza entre españois.”

Resumindo, a doutrina que cabe extraer das sentencias citadas é que, en opinión do Tribunal Constitucional, existe unha evidente conexión entre o principio xeral de igualdade consagrado no artigo 14 da Constitución e o de acceso en condicións de igualdade ás funcións e cargos públicos, considerado no artigo 23.2 –que opera non só no momento do acceso senón ó longo da duración da relación funcional– o cal, pola súa vez, se pon en necesaria conexión cos principios de mérito e capacidade no acceso ás funcións públicas recollidos no seu artigo 103.3; e se ben o lexislador goza dunha ampla marxe para a determinación dos méritos e capacidade, a devandita mar-

xe vén limitada pola necesidade de non crear desigualdades que sexan arbitrarias en canto alleas, non referidas ou incompatibles cos principios citados, o que se traduce na imposición constitucional de non esixir ningún requisito ou condición que non se refira ós indicados conceptos de mérito e capacidade.

Finalmente, débese engadir tamén que para o TC "resultaría contrario ó dereito recoñecido no artigo 23.2 da Constitución calquera reserva, explícita ou encuberta, de funcións públicas *ad personam*" (STC 148/1986, do 25 de novembro).

## 2. As achegas das sentencias do 4 de novembro de 1993 (TS) e 353/1993, do 22 de novembro (TC)

### 2.1. A sentencia do TS do 4 de novembro de 1993.

Nesta sentencia resólvese o recurso de apelación interposto pola CA de Canarias contra a Sentencia do 14 de marzo de 1991, dictada polo TSX de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) no Recurso 647/89, sobre provisión de praza de xefe de servizo por libre designación.

Como consecuencia da estimación deste recurso (647/89), o TSX de Canarias anulou o nomeamento efectuado (por libre designación) pola Comunidade Autónoma en favor dunha funcionaria determinada e declarou o dereito da demandante a ocupa-la cuestionada praza de xefe de Sección do Servizo de Persoal da Consellería de Educación. Todo iso por entender que na recorrente concorían maiores méritos e, xa que logo, non se respectarían no nomeamento os principios de mérito e capacidade, polo que se incorría en desviación de poder.

A argumentación do TSX, sobre o punto clave dos méritos alegados, é certamente prolixa. Parte, loxicamente, dos elementos determinantes que se deben ter en conta na designación en cuestión: grao persoal e demais circunstancias e méritos relativos á antigüidade, ás titulacións, á experiencia e ós cursos de formación e perfeccionamento.

E, sobre esta base, argumenta:

“... se se comparan e contrastan as condicións e méritos da recorrente e os da funcionaria advírtese que os da demandante son superiores en tódolos conceptos, agás o do nivel (18) do posto de traballo que unha e outra desempeñaban con anterioridade e que era idéntico en ambas; así, a titulación da demandante é claramente superior (licenciada en dereito fronte a bacharelato superior); a antigüidade é igualmente moi superior a da demandante, pois esta ingresou no corpo xeral administrativo no ano 1971 (despois de acceder no ano 1968 ó corpo auxiliar), mentres que o ingreso da outra funcionaria no mesmo corpo se produciu no ano 1982, despois de permanecer no corpo auxiliar desde o ano 1977 e, con anterioridade, un ano neste último corpo; é tamén superior a experiencia da demandante, non só pola súa maior antigüidade, senón porque desempeñou postos máis relacionados coa xestión de persoal, o que lle conferiu un maior nivel na experiencia específica esixida na convocatoria, sen que se poida descoñecer para estes efectos que desde o 6 de xuño de 1986 a demandante se atopaba adscrita en comisión de servicios para realiza-la xestión de persoal da Consellería de Educación, segundo se desprende do documento número 16 dos achegados co escrito formalizando a demanda; finalmente, tamén os cursos de formación e perfeccionamento da demandante se deben considerar de maior relevancia cós da funcionaria nomeada se se poñen en relación coas características do posto de traballo que cubrir, pois entre os realizados por aquela figura un sobre “xestión de persoal” e precisamente na convocatoria esixíase como requisito do posto que se ía cubrir (base primeira en relación co anexo I) a de ser “experto en persoal”, circunstancia ou condición que á vista do curso realizado e tendo en conta tamén os anteriores postos desempeñados cómpre recoñecer de forma preeminente na demandante.”

E, en razón do anterior, o TSX conclúe:

“Se ningún dos motivos recollidos pola resolución como fundamento da decisión adoptada resulta favorable, no xuízo de comparación efectuado, á funcionaria nomeada, cómpre concluír que a designación realizada ten que ter unha motivación diferente da que nela se expresa, motivación oculta e ignorada que de ningún xeito respecta os criterios e principios constitucionais que deben orientalo acceso á función pública, sen que se poida xustifica-la mesma sobre a base da discrecionalidade que lle corresponde á Administración, pois poderíase admitir un uso razoable e xustificable desa discrecionalidade se nal-

gún do apartado ou criterios indicados a funcionaria designada amosase algunha condición superior á da demandante, pero é que ningún deles acredita algún mérito superior ó daquela, o que permite afirmar que a resolución impugnada descoñece por completo os principios de capacidade e mérito sinalados no art. 103 CE e que ten unha motivación distinta á que debe guiar a actividade administrativa en materia de promoción da función pública, de tal xeito que a falta dunha causa razoable na que se poida basear, é posible cualificala como arbitraria, incorrendo sen dúbida na desviación de poder que determina a estimación do recurso establecido con base no disposto no art. 83 LXCA."

Contra este fallo interpuxo a CA de Canarias recurso de apelación, pero o TS aceptou os fundamentos da sentenza apelada, tanto no tocante á existencia de *desviación de poder* ("que consiste neste caso en decidi-la convocatoria sen asegura-lo cumprimento dos fins do ordenamento xurídico e desenténdese dos principios de mérito e capacidade en materia de recrutamento e ascenso dos funcionarios públicos") como, no que máis nos interesa para os efectos deste comentario, respecto da *libre designación e a necesidade de respectar tamén nela os principios de mérito e capacidade*. Dise así nos considerandos da sentenza apelada aceptados polo TS:

"a. O sistema de libre designación, previsto como un dos mecanismos para a provisión de postos de traballo no art. 20 L 30/1984 do 2 de agosto (reforma da función pública), outórgalle á Administración unha ampla discrecionalidade para decidi-los candidatos que, de entre aqueles que acudan á convocatoria e cumpran os requisitos mínimos esixidos na mesma, han de cubri-los postos ofertados, discrecionalidade á que non é posible acudir no sistema do concurso de méritos, dado o carácter obxectivo e estrictamente regrado deste sistema, se ben iso non significa que a libre designación lle atribúa ó órgano competente un poder omnímodo para decidi-lo que queira, pois a *decisión debe axustarse ó interese público, e débense respecta-los principios de mérito e capacidade*.

b. O sistema de libre designación para a provisión de postos de traballo non empece para que se poida apreciar a *desviación de poder* cando na selección dos candidatos se marxinan os méritos e capacidade e se frustra o interese público, pois de ningún xeito se pode entender aberta a porta a unha discrecionalidade absoluta e moito menos a arbitrarias apreciacións (Cfr. TSS do 16 de maio de 1989).



c. Tratándose no caso de determinar se a resolución recorrida, que otorgou unha praza de xefe de servizos polo sistema de libre designación, se basea na discrecionalidade que o tal sistema lle concede á Administración ou se, pola contra, a devandita resolución responde a unha motivación allea ó interese público, e comparando as condicións e méritos da recorrente e os da funcionaria á que se lle outorgou a praza, advírtese que os da demandante son superiores en tódolos conceptos, agás o do nivel de posto de traballo que unha e outra desempeñaban con anterioridade e que era idéntico en ámbalas dúas, polo que non se pode xustificar esta resolución sobre a base da discrecionalidade que lle corresponde á Administración, descoñecendo, pola contra, os principios de mérito e capacidade –art. 103 CE–, tendo unha motivación distinta da que debe guiar a actividade administrativa en materia de promoción da función pública, de maneira que é posible cualificala como arbitraria, incorrendo sen dúbida na desviación de poder.”

Na súa sentenza, o TS limitouse a confirmala nulidade do acto impugnado, sen levar a cabo unha declaración de dereitos individualizados, argüindo tanto o carácter revisor da xurisdicción coma a dificultade de prexulgarlo peso que unha correcta motivación da proposta (aquí insuficiente e constitutiva de desviación de poder) puidese ter na resolución da libre designación. Pero isto pouco importa. O valor da sentenza radica, sen dúbida, nos concluíntes fundamentos da inequívoca esixencia dos principios de mérito e capacidade tamén nas convocatorias que se resolvan polo procedemento de libre designación e a decidida aplicación, depuradora de excesos, da desviación de poder.

### *2.2. A sentenza do TC nº 353/1993, do 22 de novembro.*

Trátase da sentenza recaída en recurso de amparo contra a Sentencia da Sala 3ª do TS, do 8 de novembro de 1990 (apelación fronte á dictada no seu día polo TSX de Navarra en recurso contencioso administrativo).

Os feitos, segundo se recollen literalmente, restrínxense ó seguinte:

“a. O demandante de amparo participou nas probas selectivas para o ingreso no Corpo de Oficiais da Administración de Xustiza, convocadas pola Orde do Ministerio de Xustiza do 30 de decembro de 1987, aprobando

o primeiro exercicio e o relativo ó manexo de máquinas informáticas. Non superou, sen embargo, o segundo exercicio, que consistía nun exame de tipo test, ó cualificalo Tribunal como correctamente contestadas 83 preguntas, polo que a puntuación obtida (5'00 puntos), sumada á acadada no primeiro exercicio (7'5 puntos) e por méritos (1'795 puntos), era inferior á puntuación mínima esixida para obter praza (14'995 puntos).

b. O solicitante de amparo, ó considerar que existira erro na cualificación do segundo exercicio efectuada polo tribunal, pois estimou este equivocadas as respostas dadas a catro preguntas –as dos números 42, 67, 82 e 86– que, na súa opinión, eran correctas, instou a revisión do seu segundo exercicio e, posteriormente, interpuxo recurso de reposición contra a Resolución do subsecretario do Ministerio de Xustiza do 11 de outubro de 1988, pola que se publicou a relación definitiva de aspirantes aprobados, que foi resolto con atraso e desestimándoo.

c. Interposto o recurso contencioso-administrativo, foi desestimado pola Sentencia da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Navarra do 12 de setembro de 1989.”

Sobre estes feitos aplicaron abondos fundamentos xurídicos, tanto o TSX de Navarra coma o TS e, finalmente, o TC.

O TSX de Navarra, tras se referir á doutrina do TS sobre os límites da revisión xurisdiccional respecto dos criterios técnicos e funcións dos tribunais cualificadores de oposicións, manifesta, á vista do expediente administrativo, que no caso en cuestión o tribunal cualificador “comportouse de acordo coa máis escrupulosa legalidade na súa actuación, e en ningún momento se observa arbitrariedade no seu comportamento ou desviación de poder”.

E, de seguido, malia recoñecer que a interpretación dalgunhas preguntas non era unívoca (estaban formuladas de xeito impreciso, pois prestábanse, como as núms. 42, 67 e 86, á confusión do opositor) e recoñecendo así mesmo que incluso “se pode afirmar que é moi posible que, alén de toda dúbida razoable na pregunta 82 hase de considerar acertada a resposta do opositor, e non a dada por boa polo tribunal cualificador”, considera a Sala que “sen embargo, un problema de seguridade xurídica básica esixe que non se poidan discutir pequenas imprecisións e erros que inevitablemente existen en toda cualificación humana”.

De seguido, alude á falta de precisión da linguaxe xurídica e ás diversas interpretacións a que son propensos os exames tipo test, para afirmar que a precisión absoluta é imposible en calquera tipo de proba selectiva e que os criterios particulares de cualificación dos exames ordinarios están inzados de inexactitudes e aínda de erros do que xulga, sen que por iso se desnaturalice o xuízo emitido, agás nos supostos de desvío de poder ou de arbitrariedade, cando se trata dun erro grave e manifesto que cabe presupoñer fundado na malicia do que xulga.

Considera, a máis, que o principio de igualdade no acceso á función pública lle impide dar satisfacción á proposta do recorrente, xa que, en calquera caso, a resolución axeitada, de estima-los seus argumentos, sería reordenar a cualificación de tódolos opositores, corrixidos por ordenador, dado que podería resultar que outros opositores excluídos respondesen tamén acertadamente ás mesmas preguntas, sendo sen embargo limitado o número de prazas convocadas. No caso de se estima-lo recurso –continúa o TSX– deberíaselles da-la posibilidade a outros opositores para que formulasen tamén alegacións verbo de preguntas imprecisas ou erros que entendesen que os desfavorecían, podendo ocorrer mesmo que estes impugnasen como inválidas algunhas das preguntas que o recorrente e mailo tribunal cualificador estimasen acertadas. Iso –conclúe o TSX– “conduciría a abrir un debate interminable, no que os tribunais de xustiza se verían abocados a se converter en tribunais cualificadores e cualificando cometerían, sen dúbida, novos erros e imprecisións”.

O TS, pola súa banda, asume os criterios do TSX e, logo de salientar que non cabe dúbida sobre as limitacións da revisión xurisdiccional no que afecta ó contido técnico dos exercicios e ó acerto ou desacerto da formulación e resolución das preguntas contidas nun cuestionario uniforme para todos, entende que, aínda aceptando que houbo confusión na formulación dunha pregunta e un erro patente na fixación das respostas sinaladas como correctas para tres delas, “non é posible concluír, illando catro respostas de un único opositor, que esas anomalías xustifiquen as pretensións do recorrente de que sexa declarado aprobado e o inclúan automaticamente no número de prazas convocadas”.

Pola súa parte, na súa sentenza de amparo, o TC re-

bate, con abondos argumentos xurídicos, a fundamentación da demanda que fai o recorrente, que entendía vulnerados polas precitadas sentencias xudiciais os dereitos recoñecidos nos artigos 24.1 e 23.2 da CE. Recóllese o substancial deste baseamento, na literalidade resumida, da sentenza:

“a. Segundo o recorrente, a Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza, e tamén, na medida que a confirma, a dictada polo Tribunal Supremo, vulneran o dereito á tutela xudicial efectiva recoñecido no artigo 24.1 da CE ó ter eludido responde-las cuestións formuladas no proceso contencioso-administrativo, abeirándose en que os tribunais de xustiza non poden substituír nas súas funcións os tribunais cualificadores dos concursos e oposicións e, en concreto, na limitación da revisión xurisdiccional en canto afecte ó contido técnico dos exercicios e ó acerto ou desacerto da formulación ou resolución dos mesmos. Ámbolos dous argumentos resultan propios da preparación cualificada dos xuíces e tribunais. Así, en supostos substancialmente idénticos ó que agora consideramos, outros órganos xudiciais –as salas do contencioso-administrativo dos tribunais superiores de Murcia e Extremadura– anulaban as actuacións do correspondente tribunal cualificador e declaraban o dereito dos recorrentes á súa inclusión na lista de aspirantes que superaron as probas selectivas. En definitiva, os órganos xudiciais ó non entrar nin sequera nas sentencias agora impugnadas a considera-las actuacións contrarias ó dereito do tribunal cualificador, denegáronlle ó solicitante de amparo o dereito á tutela xudicial efectiva.

b. Delimitada nos termos expostos a primeira das cuestións que se suscitou no presente recurso de amparo, cómpre traer a colación a doutrina deste tribunal relativa á fiscalización por parte dos xuíces e tribunais das decisións ou actuacións dos tribunais ou comisións cualificadores que han de resolve-las oposicións e concursos. Nesta doutrina o Tribunal Constitucional, facendo súa unha consolidada doutrina da xurisprudencia aplicada polos tribunais ordinarios, tivo ocasión de manifestar que, aínda que os tribunais da xurisdicción contencioso-administrativa son certamente competentes para axuíza-la legalidade da actuación dos órganos vulgadores das oposicións ou concursos, de ningún xeito poden substituír estes no que as súas valoracións teñen de apreciación técnica, pois de se admitir esta hipótese terían que se constituír en cada caso en fiscalizadores de cada tribunal ou comisión cualificadora con parámetros non xurídicos, senón pertencentes en cada ocasión a unha téc-

nica diversa, isto é, a concernerente á materia, os coñecementos da cal se lles esixise ós opositores ou concursantes, e este suposto é absurdo non só porque implicaría a omnisciencia dos órganos xudiciais, senón porque este están chamados a resolver problemas xurídicos en termos xurídicos e nada máis (AATC 274/1983; 681/1986). O que non supón descoñece-lo dereito á tutela xudicial efectiva recollido no artigo 24.1 da CE, nin o principio do sometemento pleno da Administración pública á lei e ó dereito (art. 103.2 CE), nin a esixencia do control xudicial sobre a actuación administrativa e a súa submisión ós fins que a xustifican (art. 106.1 CE), así como tampouco ignora-los esforzos que a xurisprudencia e a doutrina realizaron e realizan para que o tal control xudicial sexa o máis amplo e efectivo posible. Supón simplemente sinalar que este control xudicial, do que non se poden excluí-las resolucións administrativas que resolvan oposicións ou concursos, ten, pola súa propia natureza, certos límites ou modulacións (SSTC 39/1983, fundamento xurídico 4; 97/1993, fundamento xurídico 2). Así ocorre, dicimos nas citadas sentencias, en cuestións que se han de resolver por un xuízo fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que só pode ser formulado por un órgano especializado da Administración e como tal escapa ó control xurídico, que é o único que poden exercer-los órganos xurisdiccionais e que, naturalmente, deberá exercelo na medida en que o devandito xuízo técnico afecte ó marco legal en que se encastra, é dicir, sobre as cuestións de legalidade que se formulen no caso, utilizando para este efecto tódalas posibilidades que se foron incorporando ó noso acervo xurídico.

En definitiva, como sinala o avogado do Estado no seu escrito de alegacións, a existencia dun ámbito de discrecionalidade administrativa técnica en determinados supostos, entre os que se atopa a cualificación de exames e probas nas oposicións e concursos, non supón a desaparición do dereito á tutela xudicial efectiva. O acto administrativo de cualificación poderá ser obxecto da acción fiscalizadora dos tribunais de xustiza. O que ocorre en tales casos é que a revisión xurisdiccional –en canto á valoración do tribunal cualificador no que de apreciación técnica teña en por si escapa ó control xurídico– experimenta determinadas modulacións ou limitacións que atopan o seu fundamento nunha “presunción de racionalidade” ou “de certeza” da actuación administrativa, apoiada na especialización e na imparcialidade dos órganos establecidos para realiza-la cualificación. Agora ben, aquela presunción, en tanto que presunción *iuris*

*tantum*, tamén se poderá desvirtuar se se acredita a infracción ou descoñecemento do proceder razoable que se presume no órgano cualificador, ben por desviación de poder, arbitrariedade ou ausencia de toda posible xustificación no criterio adoptado.

c. Non se pode realmente aceptar que no presente suposto descoñecesen as resolucións xudiciais impugnadas o dereito do recorrente en amparo á tutela xudicial efectiva sen indefensión, o que ocorrería se os órganos xudiciais desen por boa, sen máis, a decisión administrativa sen realiza-lo esixible control da mesma que impón o artigo 24.1 da CE (STC 97/1993, fundamento xurídico 1º). Nas sentencias recorridas, os órganos xudiciais, de acordo cunha consolidada doutrina xurisprudencial sobre o control polos tribunais de xustiza das actuacións e decisións dos tribunais e comisións que han de resolver os concursos e oposicións, proceden a fiscalizar desde o plano da legalidade a actuación do órgano cualificador, desestimando a pretensión do agora demandante de amparo ó non considerar que o xuízo e os criterios de cualificación do tribunal –agás, quizais, nunha das preguntas nas que se vén admiti-la posibilidade de que a resposta acertada é a do opositor–, terían incorrido en erro grave ou manifesto fundado na malicia da comisión avaliadora ou en descoñecemento inescusable da materia xulgada e, en consecuencia, fose apreciable na súa actuación indicio ningún de arbitrariedade ou desviación de poder, pois debido ás diversas interpretacións ás que son propensos os exames de tipo test, o carácter esencialmente discutible de toda materia xurídica e a falta absoluta de precisión da linguaxe xurídica, o significado das respostas non era necesariamente unívoco, e quedaba por conseguinte sometido á discrecionalidade técnica e na marxe de apreciación do tribunal cualificador.

Os órganos xudiciais examinaron nas sentencias impugnadas a legalidade da actuación do tribunal cualificador e resulta incuestionable que o recorrente en amparo obtivo resposta xudicial motivada e fundada no dereito á pretensión que deduciu na vía xurisdiccional. Esa resposta foille desfavorable, pero o feito de que os argumentos e razoamentos nos que se baseou a desestimación da súa pretensión sexan, ó seu xuízo, discutibles ou, mesmo, contrarios ós adoptados en supostos similares por outros órganos xudiciais non pode darlle nin cobertura nin apoio constitucionais á súa queixa. Non lle compete a este tribunal emitir xuízo ningún sobre a corrección dos referidos criterios de cualificación, pois o devandito xuízo sitúase no plano da legalidade ordina-

ria alleo ó abeiro constitucional, e constando que o motivo polo que os órganos xudiciais desestimaron a pretensión do recorrente é o de que non se podía considerar como manifestamente errónea ou arbitraria a actuación do Tribunal cualificador, non se pode estimar vulnerado o dereito recoñecido no artigo 24.1 da CE.

Non se produciu, en consecuencia, lesión ningunha do dereito á tutela xudicial efectiva nin o recorrente en amparo sufriu indefensión, sen que, ademais, se lle poida dar relevancia constitucional ningunha á circunstancia de que outros órganos xudiciais chegasen a manter, en supostos similares, un criterio distinto ó sostido nas resolucións xudiciais impugnadas. Máis aínda, nin sequera esa discrepancia entre uns e outros órganos xudiciais se pode conceptuar como vulneradora do principio de igualdade na aplicación da lei, dado que é o criterio do órgano xudicial superior, neste suposto o do Tribunal Supremo, o que en todo caso debe prevalecer. Finalmente hase de sinalar, fronte ó que de adverso se di na demanda de amparo, que en ningún momento nas sentencias impugnadas se recoñece nin se estima acreditado que o recorrente en amparo debeu obter unha puntuación superior á doutros opositores incluídos na lista de aprobados, así como que a afirmación do Tribunal Supremo referida ó erro patente que puidese apreciarse nas contestacións sinaladas polo tribunal cualificador a tres das preguntas non se pode entender, como así resulta do seu contexto e do seu teor literal, senón como unha afirmación meramente hipotética que actúa como razoamento complementario á desestimación da pretensión do solicitante de amparo, xa que, a xuízo da sala, aínda naquel suposto non podería accederse á súa petición de que o incluían automaticamente na lista de aprobados dado o número limitado de prazas convocadas.

d. A segunda das vulneracións constitucionais aducidas é a do dereito a acceder en condicións de igualdade ós cargos e funcións públicas consagrad, no artigo 23.2 da CE, ó terse impedido o ingreso do recorrente no Corpo de Oficiais da Administración de Xustiza, pois, ó seu entender, debeu obter nas probas selectivas unha puntuación superior á dalgún dos opositores incluídos na lista de aprobados se se cualificase correctamente o último dos exercicios da oposición.

O artigo 23.2 da CE, ó recoñecerlles ós cidadáns o dereito a acceder en condicións de igualdade ós cargos e funcións públicas cos requisitos que sinalen as leis, concre-

ta o principio xeral de igualdade no ámbito da función pública. Non lles confire dereito substantivo ningún á ocupación de cargos nin a desempeñar funcións determinadas (SSTC 50/1986; 200/1991), senón que lles garante ós cidadáns unha situación xurídica de igualdade no acceso ás funcións públicas, coa conseguinte imposibilidade de establecer requisitos para acceder ás mesmas que teñan carácter discriminatorio (SSTC 193/1987; 47/1990); outórgalles un dereito de carácter reaccionario para impugnar ante a xustiza ordinaria toda norma ou aplicación concreta dunha norma que crebe a igualdade (SSTC 148/1986; 200/1991). E interpretado sistematicamente co segundo inciso do artigo 103.3 da CE impón a obriga de non esixir para o acceso á función pública ningún requisito ou condición que non se refira ós principios de mérito e capacidade (SSTC 50/1986; 148/1986; 206/1988; 67/1989; 215/1991). O que de ningún xeito resulta viable pretender deste tribunal, baixo a invocación daquel dereito fundamental, é a revisión do decidido polo órgano administrativo cualificador e, posteriormente, confirmado polos órganos xudiciais competentes.

O citado dereito fundamental impide, no que agora importa, que se produzan pretericións *ad personam* no acceso ás funcións e cargos públicos, e neste sentido procederá un enxuzamento neste proceso constitucional cando se denuncie que para a provisión dos tales empregos ou cargos se introduciron polas administracións públicas, expresamente ou non, referencias individuais, cando, noutra hipótese, existise creba relevante no procedemento que levara á preterición dun aspirante ó cargo ou á función, ou cando, en fin, no se considerasen polo tribunal que resolveu na vía previa ó amparo, ou se decidisen en termos razoables, as tachas opostas por quen se diga discriminado na provisión final do posto outorgado en desprezo dos principios de mérito e capacidade. O que non se pode pedir en vía de recurso de amparo é que este tribunal examine, e, de se-lo caso, revise ou rectifique a estimación que dos méritos e capacidades dos aspirantes a determinados postos se leve a cabo polos órganos cualificadores dos concursos e oposicións, pretensión esta que confundiría o resolto nun procedemento, necesariamente selectivo coa afectación do dereito *ex* artigo 23.2 da CE e que significaría, polo mesmo, pedirlle a este Tribunal Constitucional algo que non entra na súa xurisdicción (ATC 1239/1987), polo que non se pode senón concluír que no presente suposto non existiu vulneración do dereito a acceder á función pública en condicións de igualdade.



## SENTENCIA

REGAP


En atención a todo o exposto, o Tribunal Constitucional,  
POLA AUTORIDADE QUE LLE CONFIRE A CONSTITUCIÓN  
DA NACIÓN ESPAÑOLA

Decidiu

Desestima-lo recurso de amparo interposto por  
don Gregorio Moreno Merino.

Publíquese esta sentenza no *Boletín Oficial do Estado*."

### 3. A xeito de conclusión

Parece claro que no proceso de concreción do mérito e capacidade no acceso e promoción na función pública, hai, como sempre, luces e sombras. E fronte á sensación reconfortante que se pode sentir coa comentada sentenza do TS (levando con rigor os tales principios ó seo mesmo da libre designación), a Sentencia 353/93 do TC, denegando o amparo, non propende ó mesmo. Parece que o xulgador quixese coutar para sempre toda posibilidade de control de actuación dos tribunais ou comisións cualificadoras e, aínda que no caso semella claro que hai cuestións de legalidade (o erro existe, xa que unha resposta do opositor demandante de amparo era a correcta e daríalle, de se computar así, dereito á praza), o TC esvae a súa fiscalización. Amplía, sen dúbida, o concepto de discrecionalidade técnica, reduce por conseguinte as "cuestións de legalidade" e entende que, malia todo (consecuencias certamente graves e ablativas para o recorrente), non se debilita no caso a presunción de racionalidade da actuación do tribunal cualificador nin se incorre en desvío de poder ou arbitrariedade. O tempo dirá se se consolidan estes restrictivos criterios. 

GRÓNICA  
PARLAMENTARIA



José Antonio  
Sarmiento  
Méndez

Profesor de dereiro  
constitucional da  
Universidade de Vigo

## O repartimento de competencias e o tratamento lexislativo das cámaras agrarias

**A**probación polo Pleno do Parlamento de Galicia o día 28 de xuño de 1994, da Lei de modificación 4/1984, do 4 de maio, de cámaras agrarias é unha magnífica ocasión para tratar de analiza-lo tratamento normativo desta materia.

Pretenden, pois, as presentes reflexións, dar conta, por unha banda, dos antecedentes lexislativos e de xurisprudencia que determinaron, en boa parte, o contido substancial da reforma que vén de aproba-lo lexislativo autonómico, e por outra, analiza-los problemas xurídicos presentados ante un cambio lexislativo coma o actual.

## 1. A competencia lexislativa nesta materia

A regulación constitucional das cámaras agrarias atopa o seu marco primixenio nas prescricións do artigo 52 da nosa carta magna: “A lei regulará as organizacións profesionais que contribúan á defensa dos intereses económicos que lles sexan propios. A súa estrutura interna e o seu funcionamento deberán ser democráticos”.

Buscando os precedentes desta disposición constitucional<sup>1</sup> no dereito comparado atopamos principalmente referencias á tutela constitucional dos dereitos á sindicación e á asociación, que só de xeito marxinal tocan o obxecto do presente comentario<sup>2</sup>.

É no seo do dereito xermano onde as referencias á garantía constitucional destas figuras corporativas son máis abondosas, e deste xeito, textos como o artigo 9 da Constitución alemana de 1949 manifestan: “3. Queda garantida a toda persoa e a tódalas profesións o dereito de formar asociacións destinadas a defender e mellora-las condicións económicas e de traballo...” ou o artigo 11 da Constitución austríaca de 1945, que lle atribúe á Federación a competencia lexislativa e ós Estados a de execución na materia de: “Representacións profesionais cando non estean comprendidas no artigo 10, coa excepción, non embargante, das agrarias e forestais”.

A incorporación ó artigo 52 da Constitución das “organizacións profesionais” foi duramente criticada no *iter* constituínte<sup>3</sup> por exceder da estricta alusión ós colexios profesionais que xa contaban cunha importante tradición no noso dereito. Argumentouse sobre a ausencia de definición malia as figuras xurídicas que se debían incluír baixo unha denominación tal como a constitucionalizada. Nesta orde de cousas, a propia ordenación sistemática do precepto foi obxecto de dura crítica<sup>4</sup>, ó non conter ningunha prescrición referente ós “principios rectores da política social e económica”, como reza o encabezamento do capítulo terceiro onde foi localizado este artigo.

Os preceptos constitucionais contidos nos artigos 148 e 149 permitiron que no momento de redactarse o Estatuto de autonomía de Galicia esta materia ficase contida no seu artigo 27, apartado 29, dentro das consideradas coma exclusivas para a nosa Comunidade Autónoma.

<sup>1</sup> Seguimos neste punto a JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, no seu comentario ó artigo 52 da Constitución, incluído na obra sistemática dirixida por Oscar Alzaga Villamil, *Comentarios a las leyes políticas*, EDERSA, 1984.

<sup>2</sup> Sirvan de exemplo disposicións tales coma as do artigo 39 da Constitución italiana de 1947, o 57 da Constitución portuguesa de 1976 ou o 40 da de Irlanda de 1937.

<sup>3</sup> *Vid.* sobre todo as intervencións do senador Pedrol Rius no *Diario de Sesións do Senado* nº 41, do 22 de agosto de 1978, pp. 1693 a 1704.

<sup>4</sup> Así, Martínez Val, *op. cit.*

Nun momento posterior foi aprobada a Lei do proceso autonómico, que no seu artigo 15 prevé catro principios fundamentais para as comunidades autónomas que asumiran competencias en relación coas corporacións de dereito público representativas de intereses económicos, é dicir: a súa obrigada constitución, o seu ámbito territorial determinado polos correspondentes estatutos, a determinación das funcións que lles son propias e, por último, o carácter necesariamente democrático de tódolos seus cargos.

Ademais, a lei citada establece de forma expresa que este tipo de corporacións deberán axustar a súa organización e competencias ós principios e regras básicas establecidas na lexislación do Estado, aspecto este declarado conforme á carta magna polo Tribunal Constitucional.<sup>5</sup>

Como é ben sabido o antecedente desta disposición foi a Lei orgánica de harmonización do proceso autonómico, sobre a que recaeu a Sentencia do Tribunal Constitucional do 5 de agosto de 1983. Verbo do que neste intre nos ocupa, esta sentenza contén un razoamento que xustifica a redacción do actual artigo 15 da Lei do proceso autonómico (anterior artigo 21 da LO APA). A sentenza afirma que estas corporacións participan da natureza das administracións públicas e, neste sentido, a constitución dos seus órganos, así como a súa actividade nos limitados aspectos nos que realizan funcións administrativas, deben entenderse suxeitos ás bases que con respecto ás citadas corporacións dicte o Estado no exercicio das competencias que lle recoñece o artigo 149.1.18 da Constitución.

Á vista destas argumentacións do noso máis alto tribunal, parece claro que as regras substanciais á luz das que debemos examinalo exercicio da competencia autonómica en materia de cámaras agrarias, derivan da propia Constitución e das bases establecidas polo lexislador estatal.

Unha análise do artigo 52 da Constitución delimita como marco constitucional ó que se somete a actuación autonómica ou de respecto do principio de reserva de lei no tocante ó sentido formal e ó respecto ós principios democráticos na súa organización e funcionamento, en función da defensa dos intereses económicos que lles son propios no referente ó contido material.

<sup>5</sup> A Sentencia do Tribunal Constitucional (nº 20) do 18 de febreiro de 1988 (Suplemento do BOE nº 52, do 1 de marzo) desestima o recurso de inconstitucionalidade interposto contra o apartado 2º deste artigo 15.

Esta prescripción constitucional veu ser completada pola aprobación da Lei 23/1986, do 24 de decembro, de cámaras agrarias<sup>6</sup>.

O contido substancial desta norma será analizado posteriormente, pero faise preciso analizar someramente como lle afectou esta lei ó reparto de competencias, froito sobre todo do contido da Sentencia do Tribunal Constitucional 132/1989<sup>7</sup>.

Comeza o noso máis alto tribunal por recoñece-la ausencia dunha cita directa dalgún título de competencia na materia de cámaras agrarias. Polo tanto, interpreta incluída esta materia dentro dos títulos de “agricultura e gandería” (art.148.1.7) e “bases do réxime xurídico das administracións públicas” (art.149.1.18). Como se pode apreciar, esta formulación de principio non axudaba a perfila-la titularidade da competencia por si mesma, facéndose necesario un estudio da normativa en cuestión para atribuír de forma nidia os límites das competencias de cada Administración.

Un primeiro problema que tentou resolve-lo Tribunal foi o da regulación das eleccións das cámaras agrarias. O texto da lei era enormemente amplo na súa regulación desta materia, considerando con carácter básico practicamente a integridade do sistema electoral “sen deixarlle ningunha fisga a unha posible intervención das comunidades autónomas con competencias na materia”. As conclusións do tribunal nesta cuestión conducen a subtrae-lo pretendido carácter básico do artigo 8.2 na súa totalidade, restrinxindo ese alcance á facultade para fixa-la data de convocatoria de tales eleccións.

Un segundo punto de interese nesta sentenza do Tribunal Constitucional é o tratamento da temática relativa a normativa básica-desenvolvemento lexislativo. Os conceptos utilizados polo Tribunal Constitucional proceden do dereito federal comparado<sup>8</sup>.

O argumento é que a relación normativa básica-desenvolvemento lexislativo debe entenderse de acordo co concepto de desprazamento, e deste xeito a regulación da lei catalana viuse desprazada pola concreción das bases da lei do Estado no referente á non obrigatoriedade da afiliación.

Unha terceira temática abordada polo tribunal nesta

<sup>6</sup> Vid. BOE núm. 312, do 30 de decembro de 1986. Corrección de erros BOE núm. 313, do 31 de decembro de 1986.

<sup>7</sup> BOE do 10 de agosto de 1989.

<sup>8</sup> Neste sentido Carmen Chinchilla Marín “Las Cámaras Agrarias en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 65, xaneiro-marzo, 1990, que cita a obra dos profesores García de Enterría e Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, nas súas pp. 321 a 324.

sentencia é a tocante á distribución de competencias no proceso da extinción das cámaras, moi especialmente a hipotética inconstitucionalidade das disposicións adicionais 2ª e 4ª da lei. Neste sentido, o Tribunal Constitucional matiza que o único contido básico da disposición adicional 2ª é a fixación da finalidade que se lles asigna con carácter xeral ó patrimonio e medios das cámaras (fins e servicios de interese xeral agrario). A sentenza tenta evitar disparidades dentro do territorio nacional que puidesen supoñer incluso discriminacións no sentido constitucional do termo.

Ademais desta Sentencia 132/89, o Tribunal Constitucional tivo ocasión de pronunciarse sobre este tema que nos ocupa a través da Sentencia 209/90, do 20 de decembro, nos conflitos positivos de competencias acumulados nos números 629/1985, 781/1985 e 1.140/1986. Esta sentenza defende que mentres non fosen transferidos os medios persoais e materiais necesarios e imprescindibles para o exercicio dunha competencia contida no Estatuto de autonomía, o exercicio daquela corresponde-lle ó Estado, se ben recoñece que ese exercicio ten un carácter anormal pola súa provisionalidade.

## **2. A regulación xurídica estatal das cámaras agrarias**

As cámaras agrarias teñen a súa localización conceptual dentro do que se ten chamado "estructura corporativa" da agricultura española<sup>9</sup>.

Pois ben, nestas institucións corporativistas prodúcese unha permanente situación de conflito polo seu feble carácter de órgano representativo e de mediación<sup>10</sup>.

Pódense apuntar unha serie de notas distintivas que enmarcan o papel das cámaras agrarias no mundo agrario contemporáneo. En primeiro lugar, é manifesto que o exercicio da súa influencia nos centros de decisión ten unha grande debilidade se se compara coa actividade desenvolvida polas organizacións de intereses non agrarios. Esta debilidade pode deberse á propia perda de preponderancia económica do sector agrario como actividade productiva.

<sup>9</sup> Vid. Eduardo Mollano Estrada e Manuel Pérez, *Papers, Revista de Socioloxía* nº 24 (1985), pp. 119 a 143.

<sup>10</sup> Vid. L. Panitch, "Trade Union and the capitalist state", publicado en *New left Review*, xaneiro-marzo, 1981, pp. 21 a 43.



Nesta orde de cousas, haberá que deixar constancia do importante papel desempeñado polos partidos políticos á hora de interferir no proceso de articulación de interese no mundo agrario. Os distintos partidos optan por posturas como a promoción da organización de agricultores ideoloxicamente afíns ou a colocación dos seus militantes nos postos directivos de organizacións xa constituídas.

Este fenómeno sociolóxico, que tivo lugar no agro, veu sendo obxecto de tratamento xurídico desde tempos moi afastados. Non embargante, e respecto do que aquí nos interesa, debemos referir a existencia dunha Lei, do 24 de decembro de 1981 (nº 49/1981), reguladora do Estatuto de explotación familiar agraria e dos agricultores novos. Decreto este que pretendía protexer a explotación familiar agraria e facilita a incorporación dos agricultores novos á actividade agraria. Esta figura xurídica, que atopa indubidables paralelismos no dereito civil, foral e especial, é outro xeito de tratar de vertebral-lo sector primario da economía, e tentou de normativizarse de xeito coherente coa regulación xurídica das cámaras agrarias.

A Lei 23/86, do 24 de decembro<sup>11</sup>, regulou no dereito estatal as cámaras agrarias, e fíxoo a través dun articulado moi reducido (14 artigos), que xa no momento da súa aprobación resultaron enormemente polémicos. A lei relacionaba o seu contido co recoñecemento a tódolos cidadáns da liberdade de asociación, facendo unha expresa referencia á Lei 19/87, do 1 de abril, sobre regulación do dereito da asociación sindical. Deste xeito, as cámaras agrarias apareceron como entes subrogados nos seus respectivos ámbitos territoriais na titularidade dos bens que ata entón constituía o patrimonio dos seus antecesores, irmandades locais de labradores e gandeiros, cámaras oficiais sindicais agrarias e a Irmandade Nacional.

A Lei á que nos estamos a referir definía as cámaras agrarias como corporacións de dereito público dotadas de personalidade xurídica e capacidade de obrar, e impondo o deber de contar cunha estrutura e funcionamento democráticos. As funcións que o artigo 4 lles atribúe a estas corporacións son de carácter consultivo, de administración dos seus recursos propios e do seu patrimonio, e aquelas outras que lles pode delegar a Administración pública.

<sup>11</sup> Publicada no *BOE* do 30 de decembro de 1986, corrección de erros no *BOE* nº 313, do 31 de decembro de 1986.

Unha prescrición de grande interese é a contida no art. 5 que prohíbe que as cámaras agrarias asuman funcións de representación, reivindicación e negociación en defensa dos intereses sociais e económicos dos agricultores e gandeiros, o que ten unha indubidable transcendencia tendo en conta o ámbito no que as cámaras desenvolven a súa actividade, segundo xa aludín anteriormente.

O capítulo III da lei facía referencia ó ámbito territorial das cámaras e prevía a existencia preceptiva das provinciais e a facultativa das de ámbito distinto á provincia. Respecto da constitución das cámaras agrarias, como xa se referiu anteriormente, a lei era moi detallista na súa regulación, facendo unha especificación no seu art. 9 de quen tiña o carácter de elector, e no seu art. 10 dos que exercían ou dos elixibles. Completábase o contido da lei cunha regulación da representatividade e do réxime económico destas corporacións.

Un comentario crítico da Lei 23/1986 pódese facer á luz das reflexións incluídas na Sentencia do Tribunal Constitucional 139/1989, do 20 de xullo, que xiran ó redor da inconstitucionalidade da afiliación obrigatoria ás cámaras agrarias. Resumindo, a problemática suscitada consistiu en que ós recorrentes en amparo se lles xiraron cotas correspondentes a unha cámara agraria local que entendían que ía en contra do seu dereito de libre asociación e sindicación contido nos arts. 22.1 e 28.1 da CE. O Tribunal delimita o contido esencial do dereito de asociación conforme ó seu dictado constitucional do art. 22. Deste xeito compáranse dous dereitos: o de asociarse e o de non asociarse. Recoñécese de igual xeito a posibilidade dunha intervención administrativa neste ámbito. Así mesmo, e aínda aceptando a base asociativa destas corporacións, debe matizarse a aplicación dos arts. 22 e 28 da Constitución, e isto por dúas razóns fundamentais: por unha banda, porque poden ser fundadas por particulares ó exerceren funcións públicas, e por outra, porque entra dentro da potestade do lexislador a de fixa-la pertenza obrigatoria de determinados sectores sociais ás cámaras cando esta se atope xustificada nas disposicións constitucionais (art. 36 CE) ou nas características dos fins de interese público que persigan. Esta argumentación leva a concluír que a constitucionalidade da afiliación obrigatoria ás entidades corporativas (salvo o caso dos colexios

profesionais, expresamente protexidos pola Constitución) deberá xustificarse en cada caso, atendendo á relevancia do fin público perseguido. Como sinala José Díez Delgado,<sup>12</sup> o Tribunal Constitucional fixo unha distinción moi clara entre as entidades corporativas que teñen cobertura constitucional e as que non a teñen, reservándolle-la afiliación obrigatoria para estas últimas só cando o exercicio de fins públicos non pode ligarse doutro xeito.

Outra sentenza do Tribunal Constitucional que delimitou o contido das leis obxecto de análise é a núm. 131/1989, do 19 de xullo, na que o noso máis alto tribunal argumenta de xeito moi parecido, defendendo que só será admisible a afiliación obrigatoria cando se dea unha posibilidade de obte-lo fin público que se persegue sen recorrer á citada adscrición forzada a un ente corporativo.

Esta problemática lévanos a determinar que liberdade ou dereito resultan constringidos pola pertenza obrigatoria e, ó mesmo tempo, a razón pola que a adscrición obrigatoria non cumpre os requisitos constitucionais no caso das cámaras agrarias, tal como ocorre nos colexios profesionais. Como sinala Chinchilla Marín,<sup>13</sup> a garantía da liberdade de asociación, no seu aspecto negativo, non impide que, excepcional e xustificadamente, o lexislador lle poida poñer límite, obrigando ós profesionais dun sector concreto a adscribirse obrigatoriamente a unha corporación.

Xa se fixo referencia con anterioridade á distinta base constitucional das cámaras agrarias e dos colexios profesionais (art. 36 CE), que veu ser remarcada por sentencias como a do 5 de agosto de 1983 e a do 28 de febreiro de 1984. Unha opinión distinta defendía o voto particular do maxistrado Díaz Eimil ó manter que a adscrición obrigatoria estea xustificada no suposto de profesionais que traballan só para a Administración pública. Este aspecto sería inconstitucional por non estar xustificada esa restricción, ó se-la finalidade de colexiarse a regulación e ordenación do exercicio privado das profesións, pero non do público.

Unha última fase da evolución na regulación xurídica das cámaras agrarias vén dada pola presentación ante a Mesa do Congreso dos Deputados dunha proposición

<sup>12</sup> "La afiliación obrigatoria a las Cámaras agrarias es inconstitucional: Sentencia del TC 139/1989", *Revista general del derecho* nº 543 (1989).

<sup>13</sup> "Las Cámaras agrarias en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista española de derecho administrativo* nº 65, xaneiro/marzo de 1990, Civitas, Madrid.

de lei do Grupo Parlamentario Popular, de modificación do réxime xurídico das cámaras agrarias<sup>14</sup>. Esta iniciativa pretende modifica-lo artigo 1º no seu parágrafo “artigo 8.2” da Lei 23/1991, do 15 de outubro, pola que se modificou a Lei 23/1986, do 24 de decembro. O obxecto da proposición é o de atribuírlles ás comunidades autónomas a facultade de determina-la data da convocatoria electoral, se ben establece a obrigatoriedade dunha consulta previa coas organizacións profesionais agrarias do seu ámbito territorial.

Como xustifica a propia exposición de motivos desta proposición, o feito de que as cámaras agrarias teñan como ámbito territorial a provincia, dá razóns abondas para seren as propias comunidades autónomas as que dispoñan da facultade de determina-la data da convocatoria electoral.

### **3. Normativa das comunidades autónomas**

Se ben a problemática das cámaras agrarias ten sido abordada no eido do dereito autonómico comparado de xeito moi minucioso, centrarémonos aquí no tratamento outorgado nas comunidades de Cataluña, País Vasco e Valencia.

En primeiro lugar, na **Comunidade catalana** procedeuse á aprobación da Lei do 23 de xullo de 1985, reguladora das cámaras profesionais agrarias, configuradas como corporacións de dereito público con personalidade xurídica propia e plena capacidade de obrar para o cumprimento dos seus fins e con autonomía para a xestión dos seus intereses e recursos propios. O articulado desta lei (art. 5) dispoñía o exercicio das competencias administrativas que lle corresponden por disposición legal ou por delegación do Consello Executivo ou do Departamento de Agricultura, Gandería e Pesca, e, en todo caso, as funcións que a propia lei lle confería no seu art. 13. Estas funcións atribuíanse de xeito facultativo e atinxían os eidos consultivos e de asesoramento, tanto respecto da organización da Administración autonómica coma dos seus propios membros.

<sup>14</sup> Vid. *Boletín Oficial das Cortes Xerais*, Sección Congreso dos Deputados, V Lxislatura, serie B: Proposición de lei nº 51-1, do 20 de decembro de 1993.

Este texto legal foi reformado pola Lei do 23 de outubro de 1991, coa intención de incorpora-lo contido da Sentencia do TC nº 132/1989, do 18 de xullo, no tocante á obrigatoriedade da afiliación establecida no art. 12.1 e no apartado 1 da disposición derogatoria da citada lei.

O punto final neste *iter* lexislativo vén dado pola recente Lei 17/1993, do 28 de decembro, de cámaras agrarias. Esta norma vén a completa-la formalización do traspaso de funcións á Generalitat de Cataluña, efectuada mediante o Real decreto 48/1993, do 15 de xaneiro, nesta materia. A Lei opta por unha aproximación conceptual á figura das cámaras agrarias, moi diferente á que conteñen as súas antecesoras. Deste xeito configura as cámaras como entidades asociativas democráticas, integradas por profesionais da agricultura libremente elixidos por tódolos membros do colectivo.

A regulación xurídica deste texto aborda dúas grandes temáticas. Por unha banda un conxunto de normas que lle afectan á organización e funcionamento das cámaras (capítulos 1 ó 7º), e, por outra, inclúese a regulación dos aspectos que lle atinxen ó procedemento electoral (capítulos 8 e 9). Este último grupo de normas pretende asegurar-la claridade e transparencia no proceso electoral que tiña lugar seguindo no seu contido liñas similares ás fixadas con carácter xeral para procedementos electorais doutros ámbitos.

A **Comunidade Autónoma do País Vasco** abordou a través da Lei 6/1990, do 15 de xuño, a regulación das cámaras agrarias. Esta lei, dictada ó abeiro do art. 10.21 do Estatuto de autonomía para o País Vasco, pretendía adecua-la estrutura e funcionamento das cámaras agrarias á realidade da agricultura vasca. Trátase dun texto reducido (14 artigos) no que se abordan, de xeito sistemático, os problemas de natureza xurídica, funcións e organización das cámaras agrarias, e no que ten especial interese a regulación da representatividade da organización profesional agraria tanto a nivel de territorio histórico como de Comunidade Autónoma.

Unha última referencia debe facerse respecto do tratamento que a **Comunidade Autónoma valenciana** lles dispensou a estas corporacións, por canto se atopa na li-

ña do que o lexislador galego pretende para o seu ordenamento, como se verá posteriormente. En efecto, a través dunha disposición adicional da Lei de presupostos, a Comunidade Valenciana procedeu á supresión das cámaras agrarias locais cunha orientación que, *lege ferenda*, amosou o lexislador galego nos debates de elaboración da lei autonómica.

#### **4. A situación lexislativa no dereito autonómico galego**

##### *A) A primeira regulación normativa do problema.*

A Lei 4/1984, do 4 de maio, de cámaras agrarias, abordou por vez primeira no noso ordenamento xurídico autonómico a temática das cámaras agrarias. A dita lei partía da regulación vixente dada polo Real decreto 1.336/1977, do 2 de xuño, se ben recoñecía a existencia dunha dispersión normativa na materia, que aconsellaba a promulgación dunha norma que unificase os criterios básicos do seu réxime xurídico. O art. 27, apartado 29º do Estatuto de autonomía, presentaba a base de competencias axeitada para a aprobación da citada lei, tomando como punto de referencia, segundo se apunta na súa exposición de motivos, o art. 502 do Código rural francés e as normas que o desenvolven, cunha adaptación específica das cámaras ó interese agrario de Galicia, á vez que se tentou implanta-la súa representatividade nas parroquias rurais, que como é ben sabido son a célula da estrutura territorial en Galicia. Nesta orde de cousas propúxose unha liña lexislativa, coordinada coa Lei de actuación intensiva nas parroquias rurais e coa propia Lei de concentración parcelaria de Galicia. O trámite parlamentario desta lei foi bastante tortuoso<sup>15</sup>, se ben o proxecto do executivo rematou por aprobarse con escasas incorporacións das emendas da oposición.

O texto foi obxecto dunha crítica moi importante por parte da doutrina, así entre outros Franco García<sup>16</sup> subliñou o excesivo ámbito de actuación previsto na lei (art. 6) e como na realidade estas corporacións competentes “non fan case nada”. A solución que se apuntaba para tal problema era a da urxente transferencia dos medios e ser-

<sup>15</sup> Vid. Baldomero Cores Trasmonte “Dereito autonómico de Galicia”, Xerais Universitaria, pp. 169 a 173.

<sup>16</sup> *Autonomía, agricultura e desenvolvemento de Galicia*, Edicións Coordinadas, monografía, pp. 273 e seguintes.

vicios da Administración estatal á autonómica e a da reforma da Lei de bases do Estado que fixera viable a aplicación práctica das cámaras agrarias.

Ó lado da polémica descrición da súas funcións, a lei prevía un órgano de goberno e administración composto polo Pleno das cámaras agrarias, o presidente e, de se-lo caso, a Comisión de Goberno que, á hora de falar de cámaras agrarias provinciais, era substituída pola Comisión Delegada. Detallábanse igualmente (art. 10) os recursos cos que podían conta-las cámaras agrarias para o cumprimento dos seus fins, se ben da propia enumeración se desprendía a importancia das partidas que se incorporan nos presupostos xerais do Estado, das comunidades autónomas ou doutras entidades públicas.

Esta lei contou cun regulamento de desenvolvemento formalizado no Decreto do 4 de decembro de 1986, que contaba con tres artigos nos que se delimitou a composición do Pleno das cámaras agrarias. Así, contivéronse disposicións de carácter transitorio para adapta-la realidade das mesmas.

Por último, o Decreto do 7 de maio de 1987 desenvolve o art. 6 da lei e prevé o funcionamento das cámaras como órganos de xestión da Consellería de Agricultura.

### **B) Antecedentes parlamentarios.**

Son moitas as ocasións en que a temática relativa ás cámaras agrarias se ten tratado pola vía parlamentaria.

Prescindiremos aquí de citas excesivamente prolixas das distintas iniciativas de control ou impulso político (preguntas, proposicións non de lei e interpelacións, principalmente) que se teñen tramitado tanto no seo da Comisión 7<sup>a</sup> de Agricultura, Alimentación, Gandería e Montes, como no Pleno da Cámara. Limitándonos, pois, a iniciativas de contido lexislativo, débémonos referir á Proposición de lei de derogación da Lei 4/1984, do 4 de maio, de cámaras agrarias (a iniciativa do Grupo Parlamentario dos Socialistas de Galicia)<sup>17</sup>.

Esta iniciativa resultou caducada ó non terse completado o seu trámite ó longo da terceira lexislatura. Pretendía de xeito expreso a disolución das cámaras agrarias locais e contiña unha previsión sobre o destino do patri-

<sup>17</sup> Vid. BOPG nº 335, do 4 de novembro de 1992.

monio e a adscrición de medios do mesmo, así como o destino do persoal funcionario e laboral que presta o seu servizo nas cámaras agrarias locais. Por último, prevíase na súa disposición derradeira (cun claro erro de técnica normativa) a derrogación da Lei 4/1984, de cámaras agrarias, así como o mantemento da Xunta de Galicia da presentación ante o Parlamento, no prazo de un ano, dunha proposta de asignación do patrimonio e medios das cámaras agrarias extintas.

Maior interese ten o proxecto de lei de modificación da Lei 4/1984, do 4 de maio, de cámaras agrarias que tivo entrada no Rexistro do Parlamento de Galicia o 21 de xullo de 1992<sup>18</sup>. Este proxecto chegou a ser debatido totalmente no Pleno do día 9 de febreiro de 1993 (*vid. DS* nº 144), pero non completou a subseguinte tramitación en comisión, polo que ó cabo resultou caducado. O contido da citada iniciativa coincidía basicamente co texto que alcanzou forza de lei no ano 1994, se ben co obxecto máis reducido. O art. 2 (punto nuclear do obxecto da reforma) pretendía a existencia potestativa das cámaras agrarias locais e adaptaba a condición de elector á previsión da Sentencia do TC nº 132/1989, do 18 de xullo. O art. 4 consideraba a posibilidade de se constituíren cámaras agrarias territoriais de ámbito inferior á provincia mediante a fixación de cámaras locais; previsión que cremos que pensaba na posibilidade da existencia de cámaras agrarias comarcais. A iniciativa para a creación das citadas cámaras territoriais outorgábaselles tanto ás cámaras locais que se pretendían fusionar como á propia Consellería de Agricultura, Gandería e Montes.

Unha última especificidade do proxecto de lei caducado respecto do texto que alcanzou forza de lei era o de non prever, na reforma do artigo 10, o goce do beneficio fiscal legalmente establecido para as cámaras agrarias. Este texto foi obxecto de emenda polos distintos grupos parlamentarios e así o Grupo Parlamentario do Bloque Nacionalista Galego, a iniciativa do deputado Ilmo. señor don Bautista Álvarez Domínguez, presentoulle unha emenda á totalidade con expresa solicitude de devolución por considerar que as cámaras agrarias deben desaparecer ó non seren entidades representativas do interese dos labregos, devolvéndolles o seu patrimonio ás organizacións sindicais. De igual xeito o Grupo Parlamentario Mixto,

<sup>18</sup> *Vid. BOPG* nº 312, do 18 de setembro, pp. 8.642 e seguintes.



por iniciativa do deputado do PSG-EG, Ilmo. señor don Camilo Nogueira Román, solicitou a devolución do proxecto de lei por non inscribirse nunha política agraria e asociativa coñecida, mantendo a verticalidade do sector e obstaculizando a posibilidade da asociación dos labregos. Por outra banda, criticábase a ausencia de acollida de demarcacións territoriais como a parroquia e a comarca, primando de xeito anacrónico e ineficaz a provincia.

Neste mesma orde de cousas, o Grupo Parlamentario Mixto, por iniciativa de Coalición Galega, solicitoulle a devolución á Xunta de Galicia do proxecto, por non comparti-lo contido da modificación proposta pola Xunta de Galicia nin a oportunidade da mesma, e expresou o seu desagrado por se deixaren para posterior desenvolvemento regulamentario diversos aspectos que se deberían fixar no propio proxecto de lei.

Por último, o Grupo Parlamentario dos Socialistas de Galicia solicitou a expresa devolución do proxecto a través da súa emenda de totalidade por tres motivos substanciais. En primeiro lugar, por producirse unha intromisión e usurpación das funcións reivindicativas e de representación dos agricultores que se deben realizar a través das organizacións profesionais agrarias e das actividades económicas das cooperativas; en segundo lugar, por interferir nas funcións que lle corresponden á Administración local; en terceiro lugar, por ser contrario á organización libre e voluntaria dos agricultores en organizacións profesionais agrarias, cooperativas e outras agrupacións de agricultores.

O contido das distintas emendas de devolución foron o obxecto fundamental do debate que, como quedou reflectido, se producía no Pleno do Parlamento de Galicia do día 9 de febreiro de 1993 e que concluíu coa aceptación do proxecto do Goberno que, á fin, non remataría o seu *iter* parlamentario.

*C) A Lei de modificación da Lei 4/1984, do 4 de maio, de cámaras agrarias.*

O Proxecto de lei de modificación da Lei 4/1984, de cámaras agrarias tivo entrada no Rexistro do Parlamento de Galicia con data do 27 de xaneiro de 1994. A Mesa, oída a Xunta de Portavoces, na súa reunión realizada

o día 1 de febreiro e ó abeiro do disposto no art. 111.2 do Regulamento do Parlamento de Galicia, acordou a tramitación do proxecto de lei pola Comisión 7ª de Agricultura, Alimentación, Gandería e Montes.

Así mesmo, e de acordo co disposto no citado artigo, acordou a súa publicación no *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* e a apertura do prazo de presentación de emendas de 15 días hábiles, que rematou o día 24 de febreiro de 1994. As emendas presentadas a este proxecto foron cualificadas pola Mesa da Comisión 7ª que, seguindo o principio de coherencia entre o texto do proxecto de lei e as emendas rexeitadas presentadas polo Grupo Parlamentario dos Socialistas de Galicia, pretendían a modificación de artigos que non eran obxecto do proxecto de reforma governamental.

As restantes de tódolos grupos parlamentarios pretendían a supresión dos artigos obxecto do proxecto de lei. Unha vez superada a tramitación do debate da totalidade, que tivo lugar o día 28 de xuño de 1994, o texto do proxecto non tivo ningún tipo de modificación, por canto no seo da ponencia designada para este efecto, e tamén no debate para a aprobación do dictame da comisión competente, non foi aceptada ningunha das emendas presentadas<sup>19</sup>.

O derradeiro paso no trámite lexislativo desta norma tivo lugar o día 28 de xuño de 1994, no que o Pleno do Parlamento de Galicia aprobou o texto definitivo desta lei. Se ben, como xa se ten indicado, a redacción definitiva non presenta variacións respecto do proxecto orixinal, no seo do debate parlamentario ofreceuse, por parte do grupo que sustenta o Goberno, a posibilidade de transixir unha disposición transitoria primeira que, mantendo como parágrafo primeiro o contido da disposición transitoria primeira do proxecto, engadía dous novos parágrafos nos que, por unha banda, se contivese o mandato para a Xunta de Galicia de proceder, por decreto, á supresión das cámaras agrarias locais e, por outra, se fíxese a previsión de que entrementes non se producise a supresión prevista no parágrafo anterior lles serían de aplicación ás cámaras agrarias o contido dos artigos 6, 7 e 9 da Lei 4/1984, do 4 de maio. Esta oferta de transacción non foi aceptada polos outros grupos parlamentarios, basicamente, por unha discrepancia de fondo, pois estes gru-

<sup>19</sup> Texto do Informe da Ponencia publicada no *BOPG* nº 84, do 14 de xuño de 1994 e texto do Dictame de Comisión publicado no *BOPG* nº 89, do 22 de xuño de 1994.

pos amosaron un rexeitamento frontal á existencia, aínda que polo menos fose transitoria, das cámaras agrarias locais.

A Lei de modificación, tal e como acaba de ser aprobada polo Pleno do Parlamento de Galicia, trata de adaptar-la Lei 4/1984 ás bases estatais do réxime xurídico das cámaras agrarias, mantendo o ámbito de autonomía que lle compete a Galicia xunto “á harmonía xurídica que debe presidi-la relación entre os diversos ordenamentos do Estado”<sup>20</sup>.

A modificación do artigo 2 da lei aféctalle á delimitación daquelas persoas que posúen a condición de elector no proceso de constitución das cámaras agrarias, con independencia do seu ámbito territorial. Prescribe o citado artigo que toda persoa natural, maior de idade e profesional da agricultura ten a condición de elector, así como os familiares, ata o segundo grao de consanguinidade ou afinidade, da persoa aludida no apartado anterior. De igual xeito, toda persoa natural que teña a consideración de colaborador nunha explotación familiar agraria, e tamén as persoas xurídicas que teñen por exclusivo obxecto a explotación agrícola, gandeira ou forestal.

A reforma do artigo 3 pretende a existencia obrigatoria (conforme á prescrición da lei básica do Estado) dunha cámara agraria de carácter provincial.

Prevese no art. 4 o carácter de actos administrativos para aqueles dictados polas cámaras ó atribuírselle-la natureza de Administración pública a estas corporacións.

Por outra banda, o art. 8 é reformado no seu apartado 3º ó prever que o Pleno das cámaras agrarias estará constituído por 25 membros elixidos por sufraxio libre, igual, directo e secreto, e que exerzan as funcións ás que se refire o apartado 3º do artigo 7 da Lei 4/1984.

A temática dos recursos económicos e financeiros das cámaras trátase de resolver coa reforma do artigo 10, no que se fai unha enumeración dos recursos cos que poden contar as cámaras agrarias, citándose as rendas e produtos do seu patrimonio, a subvención presupostaria e a doazón, legados, axudas e demais recursos que lles poidan ser asignados. Como xa se citou anteriormente, o texto definitivo da lei inclúe a previsión do goce polas cámaras agrarias dos beneficios fiscais legalmente establecidos, a

<sup>20</sup> Vid. exposición de motivos da lei, BOPG nº 95, do 1 de xullo de 1994.

diferencia do texto que iniciou o seu trámite ó longo da terceira lexislatura.

Por último, a disposición transitoria primeira da lei aprobada prevé que as primeiras eleccións ás cámaras se deberían realizar no prazo e na data que no seu día se fixo de conformidade co disposto no parágrafo 2 do art. 8 da Lei 23/1986, do 24 de decembro, reformada pola Lei 23/1991, do 15 de outubro. Como tamén xa quedou sinalado, esta materia está sendo obxecto de debate con motivo dunha proposición de lei que se tramitará nas Cortes Xerais nesta lexislatura.


No seo dos debates parlamentarios de elaboración da lei autonómica quedou contrastado o criterio do Goberno de entender que a antinomia producida polo feito de manterse na Lei 4/1984 a referencia ás cámaras agrarias locais non chocaba coa nidia vontade do proxecto do executivo de ir en contra da existencia das mesmas. Segundo expresou o ponente do Grupo Parlamentario Popular, habería que entender que as referencias contidas nos artigos 6, 7 e 9 da lei orixinaria teñen unha vixencia transitoria ata que, segundo el mesmo expresou, as cámaras agrarias sexan suprimidas por decreto do Consello da Xunta de Galicia.

A formulación do problema nestes termos lévanos a facer dúas reflexións. En primeiro lugar, o claro defecto de técnica normativa do que adoce o proxecto en relación coa clara vontade do lexislador de suprimir as cámaras agrarias locais. Non cabe dúbida de que o contido dos artigos 6, 7 e 9 (non reformados) integra o corpo da lei e non unha disposición transitoria da lei de reforma, que ó noso parecer sería o lugar máis axeitado para lle dar un contido temporal á vixencia das cámaras agrarias locais.

Por outra banda, a anunciada supresión por decreto do Consello da Xunta de Galicia das cámaras agrarias locais presenta evidentes problemas de legalidade. Isto é así porque a referencia ás cámaras agrarias locais se fai de xeito reiterado no texto da Lei 4/1984, do 4 de maio, e polo tanto debería ser, ó noso parecer, un novo proxecto de lei de reforma o que suprimise a existencia destas corporacións. Nesta orde de cousas cabe sinalar como a existencia dun borrador de decreto na Comunidade de Andalucía, polo

que pretendía suprimi-las cámaras agrarias, non chegou a alcanza-la súa promulgación.

Por último deixemos constancia das reservas que tamén debemos amosar ante a posibilidade de que unha disposición de lei anual de presupostos inclúa (respectando así o rango legal) a supresión das cámaras agrarias locais. Resulta coñecida por todos a xurisprudencia do noso Tribunal Constitucional no sentido de restrinxir ó máximo o contido da Lei de presupostos xerais, rexeitando así disposicións que non conteñan materias de carácter financeiro ou presupostario.

Como pode observarse, o tratamento xurídico das cámaras agrarias en Galicia está moi lonxe de ficar rematado despois desta lei autonómica, que como xa se subliñou ten un carácter sobre todo conxuntural á espera da definitiva transferencia da materia por parte do Goberno do Estado. 

ADMINISTRATIVA

CRÓNICA



Miguel Anxo  
Bastos  
Boubeta

Bolseiro da  
EGAP

## Seminario sobre comunicación e cambio

*Arpita Mogford*

(EGAP, 23 e 24 de febreiro de 1994)

<sup>1</sup> H. SIMON, *El comportamiento administrativo*, Aguilar, Madrid, 1972; J. March e H. Simon, *Teoría de la organización*, Ariel, Barcelona, 1987.

<sup>2</sup> F. NIGRO e L. NIGRO, *Administración Pública Moderna*, INAP, Madrid, 1981, pp. 144-5.

Os aspectos de comunicación intra e extraorganizacionais foron considerados como un aspecto primordial na vida das organizacións, e deste xeito o entenderon importantes teóricos da organización.<sup>1</sup>

O papel da comunicación viuse reforzado, ademais, por unha banda, polas novas técnicas humanistas da organización, que salientaron os aspectos comunicativos e de relacións humanas mais cós estrictamente organizativos<sup>2</sup>, e pola outra, polos grandes cambios acaecidos nas administracións públicas nos últimos tempos.



En efecto, as administracións modernas viron enormemente aumentada a súa complexidade nos últimos tempos. Este incremento de complexidade vén dado por tres fenómenos distintos<sup>3</sup>, a través dunha maior diversificación de tarefas na Administración, dunha maior especialización dos seus cometidos e dunha maior diferenciación entre as organizacións subordinadas e esa Administración.

Este incremento da complexidade forza por unha banda a abandonar posturas ríxidas de coordinación, o que fai aumenta-los fluxos bidireccionais de información e obriga á retroalimentación constante de información.<sup>4</sup>

Pola outra banda increméntase enormemente o número das comunicacións tanto vertical coma horizontal e diagonalmente.

Este incremento en tódolos sentidos das comunicacións na Administración, obriga as organizacións a se adaptaren a este novo contorno de comunicacións, obrigando ó cambio organizativo.<sup>5</sup>

O cambio organizativo, por outra banda, pode vir orixinado ben por unha reacción espontánea a un contorno cambiante, como sería o caso anterior, ou ben pode vir dun cambio organizativo planificado, o que pode implicar un cambio proxectado do sistema de comunicacións coma un elemento máis dentro do proceso de cambios.<sup>6</sup>

Consciente da importancia destes factores e para lograr unha maior racionalización e modernización da Administración pública galega, a Dirección da EGAP vén impulsando un labor de achegamento ós xestores da Administración pública galega das principais innovacións nestes eidos.

Dentro desta liña de actuación realizouse durante os días 23 e 24 de febreiro de 1994, un Seminario sobre comunicacións e cambio, no recinto da EGAP, a cargo dunha única relatora, a señora Arpita Mogford, directora de Estudos do Royal Institute of Public Administration (RIPA). O seminario estivo dirixido a membros dos corpos superiores da Administración, así como a profesionais liberais interesados na racionalización e mellora organizativa.

Inaugurou o acto o profesor Xaime Rodríguez-Arana, director da EGAP. O profesor Rodríguez-Arana salientou

<sup>3</sup> J. HAGE, M. AIKEN e C. S. MARRET, "Organization Structure and Communications", en *American Sociological Review*, Vol. 36, outubro de 1971, pp. 860-871.

<sup>4</sup> J. HAGE... *op. cit.*

<sup>5</sup> ALEJANDRO NIETO, "Reforma administrativa y modernización de la administración pública: ¿un problema pendiente?", en VV.AA., *Modernización Administrativa*, IVAP, Oñati, 1989, pp. 101-115.

<sup>6</sup> F. E. KAST e J. E. ROSENZWEIG, *Administración en las organizaciones*, McGraw Hill, México, 1979, pp. 612-638.

na súa presentación a importancia do tema a prol de maiores niveis de eficacia e incidiu sobre a mellora das relacións humanas na Administración. De seguido, o coordinador do curso e responsable do Servicio de Estudios da EGAP, Manuel M. Cano Vera, presentou a relatora expoñendo a súa grande formación e experiencia na xestión de recursos humanos. O Sr. Cano referiuse tamén ó papel da comunicación na xestión de recursos humanos e na xestión de cambio organizativo.

A relatora comezou o seminario falando de cambios organizativos nas organizacións públicas para tentar acadalo que ela denomina un *bo goberno*, que estaría caracterizado pola lexitimación da sociedade civil, pola súa transparencia, por certa intimidade co gobernado e por contar cunha boa contabilidade pública.

Nesta liña de conseguir un bo goberno, a señora Mogford referiuse ás reformas levadas a cabo na Administración británica por Derek Rayner, que consistiron nunha serie de escrutinios realizados en tódolos departamentos para detectar erros de xestión e, por outra banda, potenciar microequipos que favorezan a comunicación.

Continuando neste liña, a relatora explicou outros cambios levados a cabo na Administración británica, como a creación de documentos-marco en cada axencia e cambios de maior alcance, cambios estruturais na Administración pública fomentando a descentralización.

Pasou logo a expoñer aspectos relativos á comunicación en relación coa información e o papel dos políticos como promotores do cambio. Distingue a relatora entre políticos interesados máis contundentemente nos cambios a presión e xestores interesados dalgún xeito no continuo cambio administrativo, que van se-los patrocinadores, día a día, da reforma.

Na segunda sesión do seminario, a Sra. Mogford explicou as distintas acepcións do concepto *cambio*. De seguido explicou as teorías de C. Handy sobre os tipos de cambio, distinguindo entre cambio incremental, que sería un cambio paulatino e gradual e o proposto pola Sra. Mogford, que combinaría os dous tipos de cambio.

A relatora explicou, seguindo a Nesbitt, os trazos da sociedade actual, que se caracterizaría por ser unha sociedade onde a información tería un papel moi relevante,

onde a tecnoloxía tería un uso personalizado, e a economía sería de carácter mundial e interdependente, contando cunha planificación de longo alcance.

Esta sociedade actual sería tamén moi descentralizada e contaría cunha maior oferta de elección persoal, haberá máis opcións o que vai implicar tamén maiores ameazas e riscos.

A profesora Mogford subliña a calidade do servicio como medida do éxito organizativo na Administración pública.

Rematou esta segunda sesión cunha serie de referencias ós aspectos formais e ocultos na organización e sobre os conceptos de liderado, motivación e innovación.

Ó final da sesión realizouse un exercicio de autoavaliación coma xestores, para ver a súa correspondencia cun modelo autocrático e cun modelo democrático de liderado, seguindo as teorías de Rensis Likert (teorías x e y).

Na última sesión da mañá do día 23, o relatorio centrouse no cambio organizativo planificado. Os cambios para el deben incidir en catro dimensións: a dimensión individual, a dos grupos, a estrutural e, por último, a dimensión procesual.

O cambio tecnolóxico forza co cambio organizativo, o que trae como consecuencia unha constante e incesante actividade do cambio. O cambio vai ser un proceso, non un suceso.

A Sra. Mogford enumerou tamén unha serie de requisitos previos ó cambio, como reunir información, ter obxectivos claros, saber que se vai cambiar...

Estudiado o cambio, hai que ter en conta a resistencia ó cambio e as limitacións de recursos que poden dificultalo.

Cambiando de tema, a relatora pasou a referirse á problemática da comunicación. Refírese ás diversas funcións que ten a comunicación, como dicir, expresar, buscar apoio... A comunicación pode revestir diversas formas como linguaxe corporal, esta non é só verbal.

Pasou de seguido a facer algunhas recomendacións para lograr unha boa comunicación organizativa, tales como evita-lo uso de acrónimos ou evitar empregar tecnicismos en exceso.

Debemos ter en conta tamén as diversas peculiaridades nacionais.

Para rematar, distinguíu entre comunicacións horizontais, que son as que se realizan entre individuos do mesmo status, é dicir, entre colegas, e verticais, ou sexa, de superior a subordinado. Procedeu tamén a elaboralos organigramas das distintas culturas comunicativas.

O día 23 pola tarde, renovouse o seminario explicando o papel do líder no cambio organizativo. Destacáronse aspectos importantes do líder que son precisos para motivalo cambio como poden ser, o carisma, a exemplaridade, o carácter democrático, etc.

Para remata-la sesión, a Sra. Mogford enumerou a grandes trazos, os diversos estilos de xestión, é dicir, *estilo de autorrexeitamento, estilo introvertido, estilo autoprotector e estilo de autoposición*.

Durante a tarde, no decurso do seminario establecéronse grupos de traballo sobre o tema da comunicación administrativa, coa exposición posterior dos resultados por un representante de cada grupo. Foron realizados tamén exercicios de autoavaliación.

O día 24 expúxose un mapa itinerario de cambio, incidindo sobre os aspectos culturais do cambio, pasouse despois a explica-la importancia das culturas nacionais utilizando os estudos de Hofstede. Este distingue entre culturas:

1. *Distancia ó poder*, aquí vai haber moito respecto á *autoridade*. Respecto ós máis vellos na organización, exemplos de países son: Nixeria, Polonia.

2. *Cultura de evita-la incerteza*, non lle gusta o risco. Exemplos son Portugal e Bélxica.

3. *Culturas masculinas e femininas*, as culturas femininas como Suecia son culturas con máis benestar social.

4. *Culturas individuais e colectivas*, individuais serían USA e Gran Bretaña, e colectivas Indonesia e Taiwán.

Continúa a relatora referíndose ó tema da retroalimentación na toma de decisións, que segundo ela é un aspecto de grandísima transcendencia.

A profesora Mogford fixo fincapé na negociación do cambio e expuxo os aspectos primordiais para levar a cabo unha boa organización; para que esta se leve adiante

hai que preparala, hai que saber argumentar, hai que saber ter en conta aspectos menores e as peculiaridades da outra parte, e por último, resaltou a importancia da información.

Para remata-lo proceso hai que proceder a avalia-lo feito ata o momento; a organización debe ser aberta ó seu contorno.

De seguido, pasouse a analiza-lo papel do líder como motivador e para reforza-la aprendizaxe deste aspecto projectouse unha película na que se salientaba o papel do líder como motivador mediante a delegación de autoridade dun xeito correcto.

A relatora, Sra. Mogford, pasou a explicar de seguido as técnicas usadas na Administración británica, en especial as auditorías de comunicación, segundo ela moi necesarias para avalia-la comunicación administrativa. Estas auditorías precisan de: 1) saber que imos auditar. Queremos saber como se transmite a información, se a tecnoloxía é a apropiada, que cantidade e cualidade de tecnoloxía é utilizada na comunicación, etc. 2) Coñece-la cultura propia da entidade a estudar. 3) Elaboración dun informe final, no que se vai expresa-la percepción do auditor, factor este que aínda que de carácter subxectivo, non debe infravalora-la auditoría.

Comezouse unha nova sesión, tras un descanso, dedicada á análise da organización. O obxecto de análise van se-los políticos, os seus obxectivos e medios. Expresou a relatora a conveniencia de elaborar equipos de análise e estudia-lo contexto individual de cada actor.

A relatora fai mención tamén dos problemas que ocasionan no resto da organización estas análises, pois poden espertar receos e desconfianzas entre os auditados.

Destacouse tamén a importancia da formulación para levar a cabo o cambio organizativo, saber de antemán que se vai cambiar e como se vai cambiar.

A relatora considerou preciso, antes de formar grupos de traballo, explicar algunhas recomendacións de utilidade na formación de grupos dentro das organizacións. Deste xeito, fíxose referencia ó tamaño óptimo do grupo, oito persoas segundo Belbin, e ós distintos estilos comunicativos dentro do grupo, que poden ser presidente, conformador, planta (persoa imaxinativa pero introvertida e

pouco comunicativa), avaliador, investigador de recursos, traballadores da empresa, traballadores de equipo e o que conclúe.


Posteriormente, formáronse grupos de traballo que escolleron un tema entre varios propostos e debateu cada grupo sobre o tema previamente escollido; expuxéronse, por medio de un relator por grupo, as conclusións obtidas nos grupos.

Os temas foron, entre outros, a privatización de empresas públicas, como o requisito para o desenvolvemento económico, a eficacia e eficiencia na Administración, a desregulación...

Para remata-lo seminario, a relatora definiu a xestión do cambio, como fecha-la brecha entre dicir e facer. A xestión precisa de certas habilidades que hai que desenvolver, pois hai que saber crear coalicións, saber regatear e comerciar, saber ser flexibles e saber enfrontarse ó cambio.

Hai que esquece-lo pasado, saber establecer metas e obxectivos, e busca-lo beneficio, humano e material, da organización, concluíu a Sra. Mogford.

Clausurou o acto, en representación do director da EGAP, D. Manuel M. Cano Vera, e procedeuse á entrega das acreditacións ós asistentes.

En conclusión, habería que resalta-lo carácter aplicado, orientado cara á acción do seminario, sen por iso descoida-lo rigor científico e a fluída comunicación lograda entre os asistentes ó acto e a relatora, conseguindo así acadar en boa medida os obxectivos do seminario, que son, lograr unha comunicación máis fluída, e a través disto, un cambio que nos leve a unha mellor xestión da nosa Administración. 



Miguel Anxo  
Bastos  
Boubeta

## IV Xornada de estudio sobre o Estatuto de Galicia

Dolseiro da  
EGAP

(EGAP, 6 de abril de 1994)

**P**or cuarto ano consecutivo celebrouse nas dependencias da Escola Galega de Administración Pública a conmemoración da promulgación do Estatuto de autonomía de Galicia coa celebración dunha Xornada de estudo sobre o Estatuto de Galicia.

O acto, que este ano conmemora o décimo terceiro aniversario da promulgación do Estatuto, foi inaugurado polo director da EGAP, D. Xaime Rodríguez-Arana, que centrou as súas palabras de saudación no papel que xoga e debe xoga-la EGAP no desenvolvemento estatutario. O director da EGAP distinguiu tres funcións que esta debe desenvolver co fin de acadalos obxectivos estatutarios. Estas vanse concretar no ofrecemento de formación técnica ós funcionarios públicos galegos, na transmisión neste



proceso formativo dunha fonda sensibilidade fronte ós cidadáns desta terra e, por último, nunha aproximación ó obxectivo estatutario de defende-la identidade de Galicia e dos seus intereses e na promoción da solidariedade de cantos integran o pobo galego.

Esta última función, afirma o profesor Rodríguez-Arana, explíctase especialmente cando chega a data do aniversario do Estatuto. Nesta data a EGAP quere comprometerse na formación dos funcionarios no marco estatutario, tentando acadar unha función pública que sexa, a través da asunción como propios dos obxectivos estatutarios, protagonista do desenvolvemento e do progreso da nosa terra.

Tras estas palabras inaugurais, o coordinador da Xornada, D. Pablo González Mariñas, procedeu a presentalo primeiro relator, D. Xosé Luís Carro-Fernández Valmayor, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Santiago.

Este comezou a súa intervención, referida ós “Problemas de distribución de competencias no sistema autonómico”, cunha reflexión de carácter xeral sobre o dito sistema. Para o relator, o dereito autonómico español é un dos mais complexos, tanto no referente á súa organización como ás súas competencias. Este sistema tamén se vai caracterizar pola non existencia dun modelo semellante ó noso no mundo, pois non é exactamente un modelo federal aínda que comparta algúns dos seus trazos.

O profesor Carro estruturou o seu relatorio en tres partes correspondentes cada unha delas a unha cuestión relativa á problemática da distribución de competencias.

A primeira cuestión é a que fai referencia ó modo en que se determinan as competencias no sistema autonómico español.

Convén partir da constatación de que a Constitución non distribúe directamente as competencias das autonomías, se non que, seguindo un principio dispositivo recollido na Constitución española (art. 147.1), os territorios poden asumir-las competencias convenientes, mediante a asunción das mesmas nos seus respectivos estatutos de autonomía e a súa interpretación conforme á Constitución. A Constitución é o marco onde se establecen as competencias.

A función dos estatutos será polo tanto a de concretar as competencias. A súa capacidade de concreción non é nin total nin absoluta.

Un terceiro nivel de delimitación de competencias son as leis estatais. Estas contan con dúas funcións, a de atribuírlles novas competencias non previstas nos estatutos ás comunidades autónomas, suposto recollido no art. 150.1 e 2 da Constitución, e a de delimitar e matizar as competencias xa existentes.

A seguir, o profesor Carro referiuse ás dúas formas posibles de delimitación de competencias, a delimitación directa e a indirecta.

A delimitación directa consiste na determinación das competencias pola Constitución e a súa regulación por lei estatal.

O Tribunal Constitucional recoñeceu a intervención do lexislador estatal na delimitación de competencias. Estas leis poden delimitar competencias, pero non crear competencias novas.

A delimitación indirecta está constituída, en primeiro lugar, polas leis básicas estatais (art. 149 CE). Estas leis teñen un carácter fluctuante.

En segundo lugar contamos coas leis estatais clasificadoras de certas materias como de interese xeral, por exemplo en materia de obras públicas. En terceiro lugar temos as leis orgánicas estatais, como leis educativas, electorais, etc.

A suma da Constitución ós estatutos e ás leis estatais vai configura-lo chamado bloque de constitucionalidade.

Pódese afirmar, segundo o profesor Carro, que as denominadas "listas de competencias" constan de certa exclusividade na determinación das competencias. Só se poderían facer dúas excepcións, que serían, en primeiro lugar, certos preceptos recollidos na Constitución que tamén poden atribuír competencias, como por exemplo o art. 116 que regula o estado de excepción, ou a regulación de materias relativas a leis orgánicas, co que se pode dar un baleiramento de competencias. En segundo lugar, lembrar que calquera actividade pública pode ser subsumida nas listas de competencias.

Faise, en relación a este tema, unha proposta de introducir unha cláusula de competencias pola cal as co-

municipalidades autónomas asuman tódalas competencias non citadas expresamente na Constitución como exclusivas do Estado.

A segunda cuestión á que se vai referir o relator é a do obxecto sobre o que recaen as competencias, as materias competenciales. O titular das competencias vai ter que levar a cabo determinadas funcións polo que e preciso determinar claramente o titular da competencia.

Estas materias poden ter, en primeiro lugar, un carácter moi xenérico e polo tanto pódense desglosar en submaterias máis concretas. Outro trazo que hai que resaltar é que pode haber conexión entre materias distintas e por último convén salienta-la posibilidade dunha relación heteroxénea entre materias.

Hai tres formas de determina-las competencias listadas na Constitución:

- Atribución en bloque de competencias ó Estado ou ás comunidades autónomas.
- Atribución de forma dividida, seguindo criterios territoriais, de interese, de incidencia supracomunitaria, etc.
- Atribución indistinta de competencias.

O relator referiuse tamén ó papel que xoga o Tribunal Constitucional na determinación da extensión da materia suxeita a competencia. A doutrina mantén varias posturas. Unha é a da “petrificación”, é dicir, que sentido quixo da-lo lexislador no momento de elaboración da lei. Outra posición doutrinal é a da “interpretación evolutiva”. Segundo esta interpretación, cada materia pode ser descomposta en distintas actividades. Distínguese entre competencias implícitas que se definen polo seu contido inherente, e as competencias conexas referidas a materias coas que hai proximidade ou algún tipo de conexión. Normalmente se refiren a actividades que aseguran a execución da actividade principal, a chamada proximidade instrumental. Outro tipo de conexión entre materias é a proximidade obxectiva. Aquí búscase unha regulación coherente do ordenamento e as razóns da similitude ou proximidade das materias.

A terceira grande cuestión suscitada é a de cal é o contido das competencias sobre as materias e cales son as

facultades ou funcións que se executan. O profesor Carro distingue entre facultade normativa, executiva e facultade de coordinación e vixilancia, destacando a facultade normativa. En relación a esta facultade pódense resaltar tres pautas de interese, que son:

1º O carácter material ou formal das competencias.

2º O referido á lexislación básica, as bases competenciales.

3º Os aspectos referidos á determinación de competencias a partir do exercicio desta facultade normativa.

Para remata-la súa intervención, o profesor Carro pasou a referirse ó concepto de exclusividade. Este concepto ten unha especial incidencia no noso ordenamento debido á existencia, tanto na Constitución como nos estatutos de autonomía, de competencias exclusivas.

A clave no estudio deste concepto está na correcta delimitación do ámbito da exclusividade. O relator sinala dúas cuestións en relación con este tema. A primeira fai referencia á necesidade dunha correcta diferenciación entre obxecto e contido das competencias. A segunda expresa o significado de monopolio que ten o concepto de exclusividade, de exclusión de calquera outro.

O concepto de exclusividade só se refire ó contido da competencia.

Pódese distinguir, en relación a este tema, unha normativa básica e unha de desenvolvemento, do que se pode deducir que: 1º) Existe un monopolio en cada tipo de normativa. As comunidades autónomas vanse encargar das normas de desenvolvemento mentres que o Estado vai asumir-la normativa básica. 2º) Non estamos diante dunha relación semellante á da lei e á do regulamento. 3º) Só podemos afina-la competencia compartida na fronteira fluctuante entre ambas.

A normativa básica limita, polo tanto, á de desenvolvemento, pero a pesar disto pódese dicir que hai complementariedade entre ambas.

Tras un breve coloquio en relación ás cuestións suscitadas polo primeiro relator, pasouse á exposición do segundo relatorio da xornada.

Este, tras unha presentación de D. Manuel Matías Cano Vera, xefe de Estudos da EGAP, discorreu a cargo de

D. Xabier D'Amorín Viéitez, maxistrado do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia. O relatorio expoñía a relación entre Estatuto de autonomía e Xurisdicción Constitucional.

O obxectivo deste estudio é o de desenvolver un panorama analítico sobre os pronunciamentos do Tribunal Constitucional relativos ó Estatuto de autonomía de Galicia en relación a recursos de inconstitucionalidade ou a conflitos de competencia promovidos por órganos estatais ou da propia Comunidade Autónoma.

O relatorio comezou cunha referencia ó control xurisdiccional constitucional. En efecto, dentro dunha postura centralista esqueceuse a propia doutrina do Tribunal Constitucional que expresa que os órganos xerais do Estado non exercen a totalidade do poder público, pois a Constitución prevé a participación no exercicio do poder das entidades territoriais de distinto rango.

Recoñéceselles deste xeito ás comunidades autónomas o dereito á intervención fronte a iniciativas lexislativas estatais que incidan en aspectos sobre os que os estatutos de autonomía lles atribúan determinadas facultades ou lles impoñan certos mandatos ás comunidades. A Sentencia do Tribunal Constitucional 62/90 reafirma a doutrina previa en relación a este punto. O Tribunal Constitucional dá unha interpretación ampla da lexitimación das comunidades autónomas para intervir, interpretando que a esfera de interese da Comunidade Autónoma non se identifica coa defensa das súas competencias, se non que as amplía ó conxunto de competencias e facultades e tamén ás garantías, constitucionais e estatutarias que preservan a dita autonomía.

Co asentamento do Estado das autonomías asistimos, segundo o relator, a un afondamento na política de colaboración entre as autonomías e o Estado central, o que na práctica se traduciu nun acusado descenso no número de conflitos constitucionais, baixando de 131 en 1985 a só 15 en 1991.

A continuación o Sr. D'Amorín referiuse á xustificación do control de constitucionalidade. En efecto, no Estado das autonomías dáse unha separación vertical de poderes que se plasma nunha distribución territorial do poder. Esta división está inspirada na división horizontal tripartita clásica.

Esta división territorial do poder leva como corolario necesario a competencia entre administracións, o que na práctica é fonte de conflictividade constitucional.

Outro fenómeno, quizais máis perverso é o da superposición de administracións coas inevitables duplicidades dilapidadoras que isto trae consigo.

Unha posible solución, propón o relator, sería a de traspasarlles ás comunidades autónomas as competencias executivas respecto daquelas materias, a lexislación das cales lle corresponde ó Estado, ou transferir ou delegar nas comunidades autónomas facultades correspondentes a materias de titularidade estatal que sexan susceptibles de transferencia ou de delegación. O Estado central reservaría para si as típicas competencias exclusivas como as relativas á nacionalidade ou ás relacións internacionais, defensa, etc.

Esta solución apunta claramente cara a unha visión federalista do Estado. Este posible modelo posibilitaría o feche do proceso permanentemente aberto no que está asentado polo momento o Estado deseñado na Constitución. O relator, seguindo ó profesor Solé Turá apunta tres medidas necesarias para acadar este obxectivo, que serían: a) Impulsa-la desaparición da Administración periférica do Estado. b) Facilita-los mecanismos de cooperación en tódolos niveis. c) Defini-las competencias, funcións e servicios, con abandono do obxectivo de preeminencia da Administración central. Isto viría acompañado dunha desaceleración na actual práctica multiplicadora de funcións, estruturas e servicios no mesmo territorio.

Continuando co tema, pode afirmarse que este sistema de controles garante a existencia da mesma estrutura constitucional. Estes controles de constitucionalidade están establecidos no Título VIII da Constitución, dispoñéndose no art. 153 un catálogo dos mesmos, e deixando para o Título IX, regulador do T.C., a previsión da lexitimación das comunidades autónomas para actuar respecto ós poderes centrais do Estado.

Distínguese, a continuación, entre os controles dos que dispón o Goberno central respecto das actividades das comunidades autónomas e os controles cos que contan as comunidades autónomas para controlaren a actividade do Estado central.

Os primeiros son tres: a) de orde xudicial (recurso de inconstitucionalidade, conflitos de competencia, impugnación ante a xurisdicción contencioso-administrativa), b) de orde case xurisdiccional (Tribunal de Contas, respecto da actividade económica ou orzamentaria) e c) de orde política ou de oportunidade (controles previstos nas leis de transferencia ou delegación, o control extraordinario previsto no art. 155 da Constitución ...).

No que atinxe ó control recoñecido ás comunidades autónomas, este límitase ó recurso de inconstitucionalidade das leis e disposicións normativas con forza de lei e á formulación de conflito de competencias e do recurso contencioso-administrativo, respecto das normas regulamentarias.

No que se refire a Galicia, están lexitimados para interpoñer recurso de inconstitucionalidade, a Xunta e o Parlamento de Galicia, mentres que para os conflitos de competencias só a Xunta estará lexitimada, pois o Parlamento non deu os termos do art. 161 da Constitución.

O relator aclarou a continuación, que o sistema de controles previsto na Constitución non autoriza os controles xerárquicos e indeterminados ou xenéricos. Así a Sentencia 76/83 do Tribunal Constitucional, referida á LOAPA, vén dicir que a autonomía esixe que as actuacións da Administración autonómica non sexan controladas pola Administración do Estado, podéndose só impugna-la validez destas actuacións a través dos mecanismos constitucionalmente previstos.

O Tribunal Constitucional levou a cabo un importante esforzo interpretativo para limita-las pretensións que se poden actuar a través dos controles de constitucionalidade. Deste xeito, o art. 27 da LOTC establece a relación de disposicións que poden ser susceptibles de declaración de inconstitucionalidade. Pódese así afirmar que o recurso de inconstitucionalidade procede contra disposicións ou actos con forza de lei e ten por obxecto o xuízo de contraste ou comprobación da validez dunha norma en relación co chamado bloque de constitucionalidade.

A continuación, o Sr. D'Amorín pasou a facer un balance da conflictividade entre o Estado central e a Comunidade Autónoma de Galicia, destacando a evolución crecente producida nos últimos anos, nos recursos de

inconstitucionalidade interpostos pola Comunidade Autónoma de Galicia fronte ó Estado central. En total estes suman 23. No que respecta ós interpostos polo Estado central, estes suman 14.

A Comunidade Autónoma de Galicia interpuxo tamén 32 conflitos de competencias fronte ós 22 impostos pola Administración central.

Para remata-la súa intervención, o relator fixo un estudio do tratamento do Tribunal Constitucional ás competencias estatutarias mediante a análise dalgunhas das sentencias dictadas por este. Así, en primeiro lugar comentou a Sentencia 56/1990 (Lei orgánica do poder xudicial).

Nesta sentenza delimítanse as competencias das comunidades autónomas en materia de administración de xustiza, e distinguindo entre administración de xustiza en sentido estricto e administración da administración de xustiza.

Referiuse tamén, a grandes trazos á Sentencia 18/91 do 31 de xaneiro (Consello de Contas), á Sentencia 84/86 do 26 de xuño (Lei de normalización lingüística), á cal se referiu criticamente, e ás sentencias 80/88 do 28 de abril, sobre a utilización do idioma galego na etiquetaxe, e 86/93 desestimativa do recurso de inconstitucionalidade imposto á Lei do Parlamento de Galicia 3/92 do 23 de marzo relativa a coordinación de policía locais.

Para finaliza-la xornada celebrouse unha mesa redonda moderada polo director da EGAP, D. Xaime Rodríguez-Arana, e composta ademais de polos relatores da xornada, D. Xosé Luís Carro-Fernández Valmayor e D. Xabier D'Amorín Viéitez, por D. Manuel M. Cano Vera, xefe de Estudos da EGAP, D. Pablo González Mariñas, profesor titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela e o maxistrado D. Xosé Antonio García Caridad.


O coloquio subseguinte foi aberto por unha breve disertación de D. Xosé Antonio García Caridad, quen fixo referencia á personalidade xurídica galega e ás peculiaridades do dereito civil galego, expresadas no dereito consuetudinario, considerándoo como o máis vivo, como o que xorde do pobo.

Pódese tamén destacar unha matización feita polo pro-



fesor Carro, que resaltou o importante nivel de competencias das administracións autonómicas. Referiuse tamén á posibilidade dun Estado federal e ás reformas constitucionais que traería consigo.

Pechou o coloquio unha intervención de Xabier D'Amorín, quen incidiu no papel capital do financiamento e da facenda das comunidades autónomas na determinación de competencias das mesmas.

Rematado o coloquio, procedeu á clausura da IV Xornada de estudio sobre o Estatuto de Galicia o director da EGAP, D. Xaime Rodríguez-Arana. 

REGAP 

Miguel Anxo  
Bastos  
Boubeta

## Xornada de estudio sobre codificación normativa

Bolseiro  
da EGAP

(EGAP, 12 de Abril de 1994)

**N**as últimas décadas asistimos a un declinar paulatino do prestixio do Dereito administrativo no funcionamento das administracións públicas. En efecto, o dereito administrativo era considerado unha rémora para os procesos de modernización administrativa debido, por unha banda, á súa pouca flexibilidade de adaptación ós requirimentos das novas realidades administrativas e, pola outra, a un exceso de produción de leis e regulamentos, o que orixinaba un proceso de inflación normativa, depreciando o valor das leis (fenómeno equivalente ó da inflación monetaria que deprecia o valor da moeda).

Máis o dereito xoga un importante papel na xestión das administracións públicas, unha función de distribuír tarefas e roles, de delimitación de competencias, de

asignación de funcións e de cargas de autoridade. Vai ser pois un instrumento de intervención esencial para o axente de decisión público<sup>1</sup>, ó que non se pode renunciar. O dereito vai, desde finais dos anos oitenta e nun marco xeral de retorno ás institucións nas ciencias sociais<sup>2</sup>, ir recuperando paulatinamente o papel que ocupaba, asistimos a unha volta ó dereito<sup>3</sup>, aínda que estea condicionado a responder a estes desafíos.

Este novo dereito ten a misión de contribuír a mellora-la eficacia da economía e da regulación pública<sup>4</sup>, e vai responder ós desafíos que ten que afrontar basicamente de dous xeitos que se complementan entre si.

A primeira vai ser unha mellora na calidade das leis, mediante o uso de novas técnicas lexislativas como a lexislística<sup>5</sup>, ou a avaliación previa á promulgación das leis (técnica usada principalmente nos Estados Unidos).

A segunda é desprenderse das leis e regulamentos inútiles, desfasados e pouco apropiados, a través dunha variedade de métodos, entre os que se poden citar<sup>6</sup>: 1) as leis *sunset*, que son leis que establecen unha data de caducidade dun programa ou dunha regulación, de non ser que haxa unha autorización expresa en sentido contrario, normalmente condicionadas a unha avaliación positiva da súa eficacia; 2) as comisións de revisión, son organismos encargados de examina-las regulacións e actividades do goberno para extirpa-lo inútil. Estas comisións, ó igual que as leis *sunset*, foron usadas principalmente nos Estados Unidos; 3) As codificacións e compilacións xurídicas, ás que nos imos referir con máis amplitude, e que constitúen un método especialmente usado en Europa.

A codificación ou recompilación de textos existentes tratando de reagrupalos, seguindo unha orde lóxica, nun documento é unha técnica moi antiga. Desde Hammurabi a Napoleón, pasando por Justiniano e Henrique III,<sup>7</sup> esta técnica contribuíu a simplifica-los códigos lexislativos e a mellora-la racionalidade do dereito.

Este vello instrumento de racionalización xurídica está suscitando un renovado interese nestes últimos tempos, como técnica de modernización administrativa, aproveitando a súa potencialidade de racionalización e de mellora do dereito administrativo.

A pioneira (e máis avanzada) nesta técnica e a Admi-

<sup>1</sup> Vid. P. DURAN, "Piloter l'action publique, avec ou sans le droit?", en *Politiques et Management Public*, vol. 11, nº 4, decembro de 1993, pp. 1-45.

<sup>2</sup> Vid. JAMES G. MARCH e JOHAN P. OLSEN, *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, Free Press, Nova York, 1989, pp. 1-52.

<sup>3</sup> Vid. JACQUES CAILLO-SSE, "La réforme administrative et la question du droit", en *L'Actualité juridique - Droit administratif*, 20 de xaneiro de 1989, pp. 3-8.

<sup>4</sup> Vid. R. FRAISSE, "L'administrateur public, juriste et manager", en *Revue Française D'Administration Publique* nº 51, xullo-setembro de 1989, pp. 5-7.

<sup>5</sup> Vid. J. CHEVALLIER, "La juridisation des preceptes manageriaux", en *Politiques et Management Public*, vol. 11, nº 4, decembro de 1993, pp. 111-134.

<sup>6</sup> Vid. DAVID OSBORNE e TED GAEBLER, *La reinvenção del goberno*, Paidós, Barcelona, 1994, pp. 173-176.

<sup>7</sup> Vid. MARC SUEL, *Essai sur la codification a droit constant*, París, 1993.

nistración francesa<sup>8</sup>, que conta cunha experiencia de séculos nesta tarefa reforzada a partir de 1989 coa institución da Comisión Superior de Codificación encargada da elaboración dos novos códigos.

A Administración autonómica galega, embarcada tamén nun ambicioso proxecto de reforma administrativa, decidiu aproveitar estas experiencias compiladoras doutros países e elaborar codificacións das xa numerosas leis e regulacións autonómicas galegas. Estableceuse para isto unha Comisión Central de Racionalización Administrativa encargada de levar adiante esta tarefa.

Consciente da necesidade da reflexión sobre este tema e da importancia de expoñer e debater publicamente os primeiros resultados desta comisión, a Xefatura de Estudos da EGAP a través do seu responsable, Manuel M. Cano, decidiu a realización dunha Xornada de estudo sobre codificación normativa, na que se expuxeron os resultados acadados na experiencia galega e se contrastaron con outras experiencias, concretamente coa francesa, probablemente a máis ambiciosa.

A xornada foi inaugurada por D. Xaime Rodríguez-Arana, director da EGAP, quen deixou constancia do apoio académico prestado pola EGAP ó proceso de reforma administrativa. Interveu, a continuación, no acto de apertura, Guy Brabant, invitado de honra e vicepresidente da Comisión Superior de Codificación de Francia, que expresou nas palabras de presentación a súa vontade de aprender da experiencia galega. O acto de apertura rematou cunhas palabras de D. Dositeo Rodríguez, conselleiro da Presidencia da Xunta de Galicia, que nunha breve alocución se referiu ó papel prioritario que ten para a Xunta de Galicia o proceso de codificación normativa. O conselleiro xustificou a realización deste proceso codificador, único en España, na pouca claridade, imprecisión e desactualización das normas e regulamentos que lle afectan a Comunidade Autónoma galega, así como na confusión e na superposición de normas.

Este proceso codificador do dereito autonómico, iniciado en Galicia en 1991, vai permitir, na opinión de D. Rodríguez, unha visión máis clara das competencias autonómicas e do seu desenvolvemento. Rematou a súa intervención cunha referencia á experiencia codificadora

<sup>8</sup> Vid. B. G. MATARELLA, "La codificazione del diritto: riflessioni sull'esperienza francese contemporanea", en *Rivista trimestrale de Diritto Pubblico* nº 4, 1993, pp. 1035-1061.

desenvolta ata o momento, centrándose especialmente na Consellería de Pesca, a que cualificou como de positiva, enumerando as principais vantaxes para a xestión pública que este proxecto de reforma traerá consigo.

A Xornada sobre codificación normativa constou de tres relatorios, seguidos cada un deles dun coloquio.

Nos dous primeiros, a cargo de F. J. Serna e C. Alvarellos respectivamente, expuxéronse as principais liñas da experiencia galega, e no terceiro e último dictouse unha lección maxistral a cargo dun experto mundial en codificación, o profesor G. Brabant.

O primeiro relator, Francisco José Serna, director xeral da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia, presentado por C. Alvarellos, centrou o seu relatorio na problemática da configuración e da integración dos ordenamentos xurídicos autonómicos.

O relator comezou encadrando o proceso de racionalización administrativa acometida en Galicia no marco da reforma administrativa emprendida nas comunidades autónomas españolas.

Estas, feitas a imaxe e semellanza da Administración central española, revelaron axiña a súa inadecuación, en moitos aspectos, ás necesidades dos novos entes territoriais, o que implica xa desde o comezo a necesidade dunha reforma administrativa nas novas administracións.

Trás facer unha breve referencia ó proceso de codificación normativa desenvolto en Galicia, o relator referiuse ós problemas que afectan ó ordenamento xurídico-administrativo, entendido este como aquela parte específica do ordenamento xurídico propia da Administración pública. Para Francisco Serna a norma ou conxunto de normas non crean o ordenamento senón que se incorporan a un ordenamento preexistente, polo que este ordenamento, ó recibir constantemente a incorporación de novas normas, vai estar caracterizado por un grande dinamismo.

O relator vai distinguir tres notas do ordenamento xurídico-administrativo:

A primeira nota definidora do ordenamento xurídico-administrativo é a súa preponderancia no conxunto dos distintos ordenamentos xurídicos debido ó papel predo-

minante que xoga a Administración pública na sociedade contemporánea. A Administración converteuse, segundo o relator, no auténtico motor da vida social. Este ordenamento protagonista atópase, pola contra, nunha crise permanente debido á sensibilidade que manifesta cara ós fenómenos da vida real, caracterizados pola súa fugacidade e polo seu carácter episódico. Isto fai que o dereito administrativo ofrezca en moitas ocasións un carácter caduco ou transitorio, unha servidume cara á oportunidade.

O dereito administrativo vai ser caracterizado pola súa progresiva tecnificación xurídica e polo seu apego ó político, que, como ben afirma o relator, fai imposible entender o dereito administrativo partindo só dos textos legais, prescindindo da ideoloxía política dos partidos gobernantes.

O dereito administrativo vén se-la traducción xurídica da historia política dun país.

A segunda nota que vai caracteriza-lo ordenamento xurídico-administrativo vai se-lo seu carácter conxuntural. Para o relator hai un constante desfasamento entre a realidade social e a norma administrativa. Esta vai ser ocasional e circunstancial, características estas que se poden predicar da norma administrativa por excelencia: o regulamento, ó que se lle atribúe un efecto dexenerativo derivado, precisamente, deste vínculo coa situación concreta.

A terceira nota do ordenamento vai se-la súa variabilidade e mutabilidade, é dicir, vai ser un ordenamento xurídico en constante produción, dotado de gran dinamismo.

Esta realidade inestable vai implicar, segundo D. Francisco Serna, a inexistencia de calquera esperanza dunha codificación do corpo normativo completa e fechada, que elimine iniciativas casuísticas e indefinidas.

O relator pasou a referirse a continuación, ás peculiaridades dos ordenamentos autonómicos.

Coa aparición das comunidades autónomas produciuse un fenómeno de descentralización administrativa, e a aparición de dezasete novos ordenamentos. A creación destes novos ordenamentos non se aproveitou para desfacerse dos vellos vicios do ordenamento administrativo,

precisamente por tomar como modelo a Administración central.

Esta pluralidade de ordenamentos vai ter, segundo o relator, varios efectos:

■ Reforzamento do papel protagonista e principal da norma administrativa. Débese isto a dúas circunstancias, como é, por unha banda, o feito de se-las competencias autonómicas de orde principalmente administrativa e, por outra, a presión cidadá sobre estes novos poderes rexionais ávidos da produción de normas.

■ Os cidadáns perciben a Administración autonómica como “máis súa” e polo tanto reclaman destas administracións a solución de problemas pospostos noutras instancias. Isto vai reforza-la vocación de permanente crise dos ordenamentos autonómicos.

■ Produciuse un definitivo vínculo da Administración rexional co poder político. As administracións autonómicas creáronse na maioría dos casos carecendo dunha historia ou dunha cultura administrativa propia, o que determina unha maior dependencia do aparato político que as crea, dependencia reforzada pola proximidade entre o axente de decisión político e a instancia administrativa. Este fenómeno vese reforzado pola excesiva instrumentación política das administracións rexionais, ó seren estas o único campo de actuación visible dunhas estruturas de poder rexional aínda non debidamente desenvolvidas e asentadas.

■ Neste panorama o ritmo de produción normativa supera o paroxismo xa inherente a este sector do ordenamento xurídico.

A isto engádeselle a carencia dunha técnica lexislativa uniforme, e unha tendencia a xustificar competencias propias.

Tras describi-los efectos da aparición das comunidades autónomas, o relator pasou a expoñe-la importancia de delimitar uns criterios que nos sirvan para decidir en cada caso cal é o ordenamento xurídico, estatal ou autonómico, de preferente aplicación. Estes van ser:

1º) Os ordenamentos autonómicos non son ordenamentos subordinados. Non rexe aquí o principio de xerarquía. A regra principal de relación vai se-lo principio

de competencia, que asegura un ámbito concreto de poder e un campo propio de actuación tanto para o Estado como para as comunidades autónomas, eliminando toda posible controversia. Faise pois necesaria unha perfecta delimitación dos ámbitos de competencias, con base en criterios xerais de atribución.

A Constitución española fai unha repartición analítica por materias usando a técnica do "listado", técnica por outra banda imperfecta, pois só determina as competencias exclusivas estatais, correspondéndolles ós estatutos de autonomía a delimitación das competencias autonómicas, chocando en numerosos estatutos con competencias exclusivas do Estado. Dáse así o paradoxo de que nin son exclusivas as normas estatais nin as autonómicas. Estase a dar unha situación xeneralizada de concorrencia de competencias.

2º) No caso de haber concorrencia de competencias, é dicir, cando hai confluencia de normas contradictorias dictadas por instancias administrativas distintas e que resultan ser competentes as dúas. Nestes casos serve o principio de predominancia, que quere dicir que un dos ordenamentos en conflito se impón sobre o outro, de xeito que aquel resulta de aplicación e este non. A Constitución resolve que as competencias sobre materias que non asumen os estatutos de autonomía corresponderanlle ó Estado.

Non existe, pois, un principio de predominancia cun xogo que se poida aceptar á marxe do de competencia. É pura e simplemente un principio de relación entre normas distintas que permite xerarquiza-los contidos de dúas disposicións válidas, permitindo a aplicación dunha en prexuízo da outra.

3º) Con isto chégase ó terceiro e último dos principios básicos de integración de ámbolos dous ordenamentos, o principio de supletoriedade, que vai te-la misión de impedi-los baleiros no ordenamento. O desenvolvemento dos ordenamentos autónomos irá relegando progresivamente a supletoriedade do dereito estatal. Isto non debe impedi-lo desenvolvemento do dereito autonómico para cubri-las posibles lagoas.

A pesar destes criterios, na opinión do señor Serna, pódese dicir que hai graves dificultades na aplicación prác-



tica do principio de competencia, que multiplicaron os casos de “concorrenza de competencias”. Pódese apreciar, segundo o relator, certa desconfianza entre ordenamentos, que se vai traducir en:

- Interpretacións extensivas de competencias propias a custa das alleas.
- Produción de normas estatais nas que non se distinguen os seus preceptos básicos dos que non o son, xerando un dereito supletorio que ó final resulta ser de directa aplicación.
- Utilización, por parte do Estado, de títulos de competencias xerais en prexuízo de competencias exclusivas das CCAA.
- Constante produción de normas nas que non consta o título de competencias no que se abeiran, dificultando enormemente a tarefa do operador encargado da súa correcta aplicación.
- Normas, tanto estatais coma autonómicas, que se dictan “sen prexuízo” da competencia do outro, advertindo así que non se pretende usurpa-la competencia de ninguén.

Esta realidade, conclúe o relator, estanos levando á construción de ordenamentos xurídicos sumamente complexos, dificilmente manexables e aplicables, e de imposible coñecemento polos cidadáns, o que vai forza-la reflexión na procura de camiños de maior racionalidade.

Tras unha enxeñosa presentación por parte do xefe de Estudos da EGAP, D. Manuel M. Cano, na que se salientou o extenso currículo do segundo relator D. Constantino Alvarelos, asesor xefe da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia, procedeuse á lectura do segundo relatorio da Xornada.

Este xirou en torno á cuestión da “Sistematización e actualización do ordenamento xurídico público galego: análise e valoración dunha experiencia de reforma administrativa”.

O relator dividiu a súa intervención en cinco partes nas que tratou os aspectos referidos a esta problemática.

Na primeira parte do relatorio, incidíuse sobre a codificación normativa e a crise dos seus postulados.

O relator comezou referíndose ó papel da codificación

como instrumento de racionalización normativa, entendendo a codificación como a ordenación sistemática da lexislación existente nun determinado Estado e a súa integración en corpos normativos unitarios ou códigos. Débese distingui-la codificación da compilación. A diferenza entre ambas radica na vocación innovadora do ordenamento que ten o código.

A tendencia á codificación, asentada na convicción de que os ordenamentos xurídicos constitúen un todo completo carente de lagoas, vaise ver reforzada para evita-la dispersión normativa e o alto grao de complexidade actual dos ordenamentos xurídicos.

A experiencia francesa é a que vai marca-lo camiño das experiencias codificadoras. Creouse unha Comisión Xeral de Codificación encargada do proceso. Esta comisión vai estrutura-los códigos de forma que estean compostos dunha parte lexislativa e dunha parte regulamentaria.

A continuación, o señor Alvarellos pasou a abordar-la cuestión da crise dos postulados xurídicos que fundamentan a codificación normativa. Refírese concretamente á reacción impositiva, que encarase coas regras do dereito, criticando o seu carácter ríxido e formalista e a súa difícil adaptación á fluidez e dinamismo dos cambios sociais.

Por outra banda, danse tendencias cara a unha maior eficacia na Administración, tentando relativiza-lo valor do xurídico, primando os resultados sobre os condicionantes normativos e os feitos fenomenolóxicos sobre os valores da legalidade abstracta.

Na segunda parte da súa intervención, D. Constantino Alvarellos referiuse á problemática da normativa administrativa no contexto racionalizador dunha reforma administrativa.

A reforma administrativa emprendida pola Xunta de Galicia identifícase cun proceso global, que persegue unha revisión global dos instrumentos de dinamización da actividade administrativa. Previamente á reforma, trátase de descubrir e identificar que tipo de normas integran o ordenamento vixente e valora-la súa idoneidade para someterse tanto ás esixencias xerais como ás particulares do proceso de adaptación das administracións a novos padróns de funcionamento.

Para adecua-lo ordenamento a estas necesidades, continúa o relator, é necesario facer unha revisión completa da normativa legal e regulamentaria que rexe na Comunidade Autónoma de Galicia, para proceder a unha sistematización, actualización e refundición deste ordenamento, propondo, de se-lo caso, novas normas xa adaptadas ós requirimentos da reforma administrativa.

Isto esixe enfrontarse a unha dobre problemática:

1) A dificultade dunha aproximación da recompilación normativa no ámbito do dereito administrativo, debido a algunhas características deste que a dificultan, como poden se-lo carácter circunstancial dos regulamentos, o notable grao de casuísmo, ou o seu acusado esquematismo.

Outra problemática da codificación é o feito de que non conseguiu frea-la proliferación de leis e regulamentos. Os códigos non son nunca representativos do dereito en vigor.

2) Estase tamén a dar na doutrina española unha preocupación pola problemática suscitada polos procedementos de elaboración e pola propia calidade das leis. Hai, pois, unha preocupación pola mellora da calidade técnica das leis.

Citando un informe do *Consell D'Etat* francés, o relator fai algunhas recomendacións en relación a este tema:

■ Asegurarse antes de preparar calquera norma, de que as disposicións xa existentes non sexan suficientes.

■ Preocuparse da calidade dos textos, de xeito que se simplifiquen e clarifiquen os textos normativos.

■ Débese evitar unha excesiva inestabilidade nas normas xurídicas.

■ Evita-la superposición de regulacións.

■ Establecer un procedemento de avaliación que permita verifica-las condicións de aplicación das normas.

O Sr. Alvarellos fai a recomendación final de reduci-lo número das normas xurídicas e empregar unha lingua-xe menos técnica nas mesmas para facilita-la comprensión destas pola xeneralidade dos cidadáns.

Na terceira parte da súa intervención o relator refiriuse á actualización da normativa administrativa no contexto particular da reforma dos procedementos administrativos.

Comeza o relator facendo referencia ó proceso previo de racionalización de procedementos.

Este comezou coa elaboración duns catálogos de procedementos agrupados en grandes áreas de xestión. A continuación confrontouse a correspondencia da situación a nivel de xestión dos procedementos coa normativa vixente. Esta confrontación realizouse en tres momentos:

- a. Identificación, por áreas de xestión e tipos de actuación material, dos procedementos administrativos iniciados por instancia de parte.
- b. Valoración da adecuación normativa de cada un dos procedementos xestionados na actualidade, segundo resulte da previa análise da forma en que se está a leva-la xestión dos actos de tramitación dos mesmos.
- c. Cualificación de posibles desviacións, extraídas da confrontación entre a regulación actual dos procedementos vixentes e a forma de xestión dos mesmos, con proposta de se-lo caso, de regulación *ex novo* dos mesmos.

Esta actividade (acareo de normas de procedemento) pretende o deseño duns esquemas procedementais racionalizados que desemboque nunha proposta final de nova regulación dos procedementos ou de integración de actuacións procedementais nuns procedementos tipo.

A continuación, o relator centrouse no proceso de refundición normativa. Unha vez reformados os procedementos entrariamos nunha fase na que se procedería a actualizar, integrar e refundi-la normativa vixente na Comunidade Autónoma.

O Sr. Alvarellos sistematiza as pautas de actuación para seguir neste labor de revisión normativa en tres fases:

- 1) Recompilación das normas xurídicas existentes.
- 2) Modificación ou posta ó día das mesmas, de se-lo caso.
- 3) Integración das normas recompiladas nunha unidade sistemática.

Estas pautas levan consigo as seguintes actuacións materiais sucesivas:

■ Nun primeiro momento, procédese á investigación metódica sobre toda a normativa sectorial previamente

catalogada, con delimitación da súa natureza e rango e, así mesmo, da súa vixencia ou derogación, total ou parcial. Esta investigación implica un labor de avaliación de toda a lexislación xerada na autonomía e implica tamén un proceso simultáneo de análise hermenéutica naqueles casos nos que a derogación non é expresa, senón determinada pola incompatibilidade xurdida da cesión temporal de normas antagónicas referidas a un mesmo contido regulador.

■ A continuación, procédese á análise das posibles concordancias con outras normas tamén vixentes, do ordenamento xurídico autonómico e das súas correspondencias coas do estatal e comunitario europeo.

■ Nunha última fase realízanse propostas de actualizacións, integracións ou refundicións normativas, dentro de cada grande área de xestión ou sector de actividade administrativa.

Como resultado deste complexo proceso, chégase a obter un conxunto legal xa depurado, integrado sistematicamente e de fácil manexo, tanto para os responsables da xestión administrativa como para os propios cidadáns. Con esa achega metodolóxica faise posible, ademais un labor de codificación final da normativa xa refundida.

Na cuarta parte do seu relatorio, o Sr. Alvarellos fai unha análise e valoración da experiencia galega, experiencia que divide en tres fases.

■ Na primeira expóñense os antecedentes da experiencia. En efecto durante trece anos de funcionamento das institucións de autogoberno produciuse unha grande cantidade e diversidade de normas e decretos. Isto vai desembocar nun ordenamento normativo no que:

- a. Entrecrúzanse normas preautonómicas con normas autonómicas;
- b. Recóllense con frecuencia normas de actividade e de organización nun mesmo texto;
- c. Non se deslindan claramente os campos de competencias sobre os que se proxectará a norma na súa aplicación;
- d. Son manifestamente escasas e insuficientes as normas reguladoras de procedementos administrativos, e régulanse os mesmos de forma dispersa e allea a calquera pauta de homoxeneidade;

e. Regúlanse materias que xa foron normadas anteriormente, sen indicación de normas derogadas e viventes.

Estas circunstancias unidas á supletoriedade do dereito estatal en moitas materias, determinan que a aplicación das normas do ordenamento galego poida ser considerada como insuficiente e insatisfactoria.

■ Nunha segunda fase procédese á creación de comisións de racionalización administrativa e de revisión da normativa legal.

Para acada-los obxectivos de darlles pulo e coordinar-las actividades propias da reforma e de controla-la súa implantación, creouse na Consellería da Presidencia e Administración Pública unha dobre Comisión de Racionalización Administrativa e de Revisión da Normativa Legal.

A Comisión Central de Racionalización Administrativa créase como órgano consultivo e de carácter técnico para impulsa-lo proceso de reforma administrativa.

Pola súa banda, a Comisión Central de Revisión da Normativa Legal créase como órgano técnico, ó que lle corresponde emitir un informe sobre os anteproxectos dos textos refundidos das normas, unha vez concluídos os traballos de racionalización e de *software* informático correspondente.

Estas comisións van comprometer especialmente a responsabilidade política e técnica, co fin de darlle continuidade ó indicado proceso de reforma.

■ A terceira fase vai consistir na constitución dun equipo de apoio técnico á reforma. O Gabinete de Asesoramento e Apoio á Actualización Normativa, recibe a encomenda de constituírse temporalmente en equipo de apoio á reforma, levando a cabo labores de asesoramento técnico-xurídico.

Este gabinete, auxiliado por colaboradores bolseiros, actuando como gabinete de estudos, logrou acada-los obxectivos sinalados nun prazo de dous anos, facendo gala de grandes dotes de imaxinación e creatividade.

No eido da reforma normativa hai que precisar que a actividade do gabinete de apoio se circuncribiu ás normas regulamentarias e dentro delas ás que se adoita denomi-

nar como xurídicas ou de relación, excluindo as internas ou de organización.

O gabinete elabora como froito deste traballo uns informes-proposta en forma de expedientes que lle son entregados ó conselleiro da Presidencia e Administración, que llos remite á consellería oportuna.

Dentro de cada consellería o persoal fai unha valoración do informe e formula as observacións ou correccións pertinentes. Trala fixación e articulación definitiva nun texto normativo, o informe-proposta atópase listo para a súa implantación final: dictame consultivo da Asesoría Xurídica Xeral; análise, exame e debate do mesmo na Comisión de Secretarios Xerais; e aprobación definitiva dos correspondentes proxectos por parte do Consello de Goberno.

O resultado final vai ser un repertorio sistematizado da normativa vixente de cada consellería, a nivel de normas regulamentarias básicas.

Os resultados foron unha redución nun 40 por 100 das normas existentes, as cales quedarían expresamente derogadas, o que vai supor unha grande simplificación do ordenamento xurídico.

Formúlase tamén a posibilidade da catalogación de tódalas normas mediante o uso dunha clave numérica que facilite a súa informatización.

Para finaliza-la súa excelente disertación, o Sr. Alvarellos fixo unha revisión dos obxectivos acadados e das previsións de futuro.

O principal obxectivo acadado é a normativización sistematizada e actualizada da Consellería de Pesca. No resto das consellerías a codificación está en tramitación. O obxectivo final vai ser dispor dun ordenamento actualizado, simplificado, harmónico e concentrado.

Unha vez acadado este obxectivo abrírase logo unha nova etapa na que se terá que producir unha periódica e permanente actualización das compilacións normativas.

Para previr posibles desviacións dos obxectivos, remata o relator, acórdase que tódolos proxectos de disposicións de carácter xeral que lles afecten ós procedementos administrativos deberán contar cun informe favorable da Inspección Xeral de Servicios como requisito previo á súa

aprobación final polos órganos competentes (con certas excepcións como os procedementos sanitarios e asistenciais e os tributarios).

Clausurouse a Xornada cunha lección maxistral do profesor Guy Braibant, vicepresidente da Comisión Superior de Codificación en Francia. O profesor Xaime Rodríguez-Arana, director da EGAP, presentou o invitado subliñando o papel da codificación francesa e facendo referencia ó extenso currículo do conferenciante, profesor do Instituto de Estudos Políticos, institución de onde proceden os funcionarios de elite franceses.

O profesor Braibant comezou a súa lección distinguindo dúas acepcións do termo código.

Na primeira designa un texto novo, creador no que se trata todo un tema de maneira ordenada e sistemática; un exemplo deste tipo son os códigos de Napoleón.

Na segunda acepción, trátase da recompilación de textos existentes, sen modificación nin reforma ningunha, tratando de reagrupalos segundo unha orde lóxica nun só documento; é o caso das codificacións actuais francesas.

En efecto, Francia conta cunha longa experiencia en codificacións. A época da Revolución francesa e do Imperio foi segundo o profesor Braibant un período fecundo en materia de codificación. Nesta época elaboráronse ambiciosos plans de recompilación do dereito. Estes códigos tiñan a función de unificar e racionalizalo dereito.

O profesor Braibant fixo referencia en primeiro lugar, no seu achegamento ó caso francés, ós obxectivos que se pretendían acadar coa codificación.

En primeiro lugar, pretendíase aclarar un dereito que se volveira escuro debido á proliferación, inestabilidade e degradación das normas.

En segundo lugar, buscábase acabar coa excesiva proliferación de textos legais mediante un mellor uso dos textos existentes.

En terceiro lugar, pretendíase reagrupar todos estes textos en conxuntos claros, coherentes e actualizados, co fin de modernizar e de lle dar coherencia ó dereito.

O profesor Braibant expuxo a continuación dos obxectivos, os principios seguidos na codificación.

O primeiro principio seguido é o da codificación “de



dereito constante". Trátase, non de innovar, senón de agrupa-los textos existentes. Este traballo limítase a reproducir-los textos, realizando só modificacións de forma ou melloras menores e consensuais, o que non obsta para que ás veces as reformas sexan de maior calado.

O segundo principio é a intervención do Parlamento. A parte lexislativa dos códigos vótase no Parlamento para que produzan efecto legal as derogacións de leis e para eliminar confusións derivadas da vixencia ou non de determinadas leis. A parte regulamentaria segue a ser obxecto dun decreto do Consello de Estado.

Tras expoñer-los principios, o conferenciante pasou a referirse ás institucións vinculadas á codificación.

A institución que xoga un papel central no proceso codificador é a Comisión Superior de Codificación. En 1989 decidiuse confiarlle a presidencia da comisión ó propio primeiro ministro, aínda que este non exerce directamente o cargo, o que presenta dúas vantaxes. En primeiro lugar, axuda a comisión pola súa autoridade e a dos seus colaboradores inmediatos, que poden proceder directamente ás arbitaxes interministeriais. En segundo lugar, o primeiro ministro ven presidir en persoa unha parte da sesión aproveitando para animala e orientala.

O vicepresidente é escollido entre os presidentes de sección do Consello de Estado. Conta coa axuda dun relator xeral, de dous parlamentarios, de membros do Consello de Estado, da *Cour de Cassation*, do Tribunal de Contas e doutras institucións.

Para cada código en particular engádense membros do Parlamento e do Consello de Estado. A comisión noméase por un período de catro anos.

Ademais da comisión, outras institucións que colaboran son o Consello de Estado, o Tribunal de Contas e un secretariado dependente do Secretariado Xeral do Goberno.

Expostas as institucións, o profesor Braibant vai expoñer-los métodos usados na codificación. Un código segue o seguinte proceso:

1) Un código nace dunha proposta da comisión, dunha iniciativa do primeiro ministro ou da solicitude dun ministro. A decisión tómase nunha reunión interministerial.

2) O código é preparado por un grupo de traballo composto por funcionarios e profesores, pertencentes a un ministerio ou reúne se, é necesario, os representantes de varios ministerios e servicios.

3) As primeiras tarefas do grupo de traballo consisten en recompila-los textos que se deben recoller no código e prepara-lo plan do mesmo.

4) Sobre a base deste plan establécese o proxecto de código, facendo unha presentación en tres columnas: a primeira contén o proxecto, artigo por artigo, a segunda os textos en vigor e a terceira comentarios explicativos no caso de non coincidiren as primeiras columnas.

5) O código é despois examinado pola comisión, no seu conxunto ou por partes, primeiro por un grupo restrinxido e logo en sesión plenaria. Nesta última resólvense as cuestións de principio ou dificultades que se presentan.

6) Despois dunha nova reunión interministerial na que se resoven os últimos obstáculos, o código é enviado ó Consello de Estado en forma de proxecto de lei para a parte lexislativa e de proxecto de decreto para a parte regulamentaria. A parte lexislativa deberá ser aprobada polas cámaras.

7) A comisión superior de codificación non considera que o seu traballo estea rematado unha vez aprobados os proxectos de código.

Logo trátase de que se adopten o máis axiña posible, axudando ó Consello de Estado e ó Parlamento. É de desexar que a parte regulamentaria siga de preto á parte lexislativa, pero poden existir desfases temporais.

8) O produto final inclúe, para a parte lexislativa, un proxecto de lei precedido dunha exposición dos motivos e seguido do código anexo. A lei aclara que as disposicións do código substitúen as que reproducen.

9) Os códigos divídense en libros, títulos, capítulos e artigos, como o Código de Justiniano. Séguese unha numeración decimal: o número de cada artigo vai precedido por tres cifras que lle corresponden cada unha ó libro, título e capítulo nos cales figura, e precedido todo isto pola letra "L" ou "R", indicando se é unha lei ou un regulamento. Isto ten tres vantaxes, asegura unha correspon-

dencia sistemática entre as partes lexislativa e regulamentaria; permite coñecer inmediatamente polo simple enunciado do número do artigo a materia da que se trata; finalmente facilita a “codificación permanente”, a posta ó día dos códigos sen complicalos tecnicamente.

10) Os códigos son publicados finalmente no código oficial.

11) A informática xoga un papel moi importante no proceso codificador.

En quinto lugar e para concluír, o relator referiuse ós programas.

Comeza este apartado referido ós programas cun balance e cun programa a curto prazo. Ós corenta códigos existentes sumáronselles, a partir de 1989, unha decena de códigos novos. Elaboráronse, entre outros, un novo código de comercio, un código da comunicación, o código das xurisdiccións financeiras, un código xeral das colectividade territoriais, etc.

Hai que matizar que o labor codificador, a pesar do inxente traballo realizado, aínda non está rematado, pois moitos códigos están aínda en fase de revisión por parte da comisión.

O profesor Braibant pasou a esbozar a seguir, algunhas das perspectivas previsibles a longo prazo.

A comisión decidiu elaborar un programa xeral de codificación. O seu primeiro deseño foi elaborado a comezos de 1994, e nel recóllense os dictames das asembleas parlamentarias, das xurisdiccións, das administracións e da doutrina.

A intención era tratar de realizar unha división racional do conxunto das normas, evitando os minicódigos e os maxicódigos.


O dereito administrativo xoga un importante papel neste conxunto, coa función pública, os procedementos administrativos, a xustiza administrativa, a facenda pública, o dominio público e a defensa nacional. Tamén foron obxecto de codificación o dereito económico e o dereito social.

Para o profesor Braibant o proceso codificador, de leverse a este ritmo, podería durar uns quince anos.

Para remata-la súa intervención, o relator reflexiona sobre o motivo do esforzo codificador, que vai ser du-

plo: por unha parte pór orde nun dereito inestable e proliferante que llelo faga máis accesible ós cidadáns e por outra prepara-la súa simplificación ulterior. Para o profesor Braibant a codificación non se debe circunscribir ó ámbito nacional e remata preguntándose se o labor codificador non lle afectará nun futuro próximo ó dereito comunitario.

Tras un breve coloquio o profesor Rodríguez-Arana director da EGAP procedeu á clausura da xornada.

Desde estas liñas quero felicita-la xefatura de Estudos da EGAP e o seu responsable, D. Manuel Cano, pola idea de repartir ó final de cada intervención o texto dos relatorios; idea moi útil que esperemos que se estenda a outras xornadas, non só porque facilita o traballo do cronista, senón porque permite que non se perda unha valiosa información que pode servir para fornecer de material de traballo a investigadores ou estudiosos do tema, así como permiten unha reflexión máis pausada do tema, unha vez transcorrido o evento. 



Mercedes  
Reyero  
Fernández

## Xornadas de estudio sobre ordenamento urbanístico e a Lei de portos

Bolseira da  
EGAP

(Vigo, 15 e 16 de Xuño de 1994)

Os días 15 e 16 de xuño tiveron lugar no Consorcio da Zona Franca de Vigo unhas interesantes Xornadas de estudio sobre ordenamento urbanístico e a Lei de portos.

A coordinación correu a cargo de D<sup>a</sup>. Marta García Pérez, profesora axudante de dereito administrativo na Universidade da Coruña, e D. Juan Jesús Raposo Arceo, profesor colaborador da EGAP.

A apertura das sesións foi realizada por D. Francisco López, delegado do Estado na Zona Franca de Vigo, e D. Xaime Rodríguez-Arana, director da EGAP.

D. Francisco López salientou o interese do tema e sinalou que poucas áreas da Administración pública son tan complexas e descoñecidas como a materia de portos, tocada pola nova normativa. E, se ben ó comezo se fala do tema con certa frivolidade, un estudio detallado revela a súa enorme complexidade e a necesidade dun tratamento máis profundo.

D. Xaime Rodríguez-Arana comezou por agradecerlle ó Sr. delegado do Estado na Zona Franca de Vigo a súa imprescindible colaboración, e por salienta-lo feito da localización das xornadas na cidade de Vigo, dentro do obxectivo da EGAP de descentralización. Xa na temática das xornadas, destacou a distribución de competencias entre administracións territoriais (neste caso municipio-Estado, especialmente) como problema fundamental; a resolución deste problema ha de partir necesariamente do artigo 137 CE. Tras comenta-lo cambio que supuxo a Constitución española de 1978 para as administracións municipais, pois dunha perda de peso específico a prol da Administración central pásase á busca de novas fórmulas de coordinación interadministrativa<sup>1</sup>, rematou salientando a actualidade e interese do tema que se trataba e fixo fincapé na conflictividade derivada da difícil articulación do artigo 19.3 da Lei 27/92, 24 de novembro, de portos do Estado e da Mariña Mercante (LPEMM, en diante), co artigo 244.2 do Texto refundido da Lei do solo –en diante, LS– (excepcións á esixencia de licenza municipal establecida no 84.1 da Lei reguladora das bases do réxime local –en diante, LRBRL–). E así, declarou inauguradas as xornadas.

■ O primeiro relatorio, “Articulación de competencias administrativas sobre portos”, foi desenvolvido por D. Alfonso Pérez Moreno, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Sevilla.

Empezou por sinalar que a cuestión que ía responder (¿como interveñen as distintas administracións públicas no tema da planificación portuaria?) aínda non podía ser obxecto dunha reflexión sólida e definitivamente perfecta, dado que se trata dunha materia en continuo movemento e os principios que a rexen non son estables.

Ó longo da súa exposición tocou estes puntos fundamentais:

<sup>1</sup> A Lei 7/1985, 5 de abril, reguladora das bases do réxime local, constitúe un claro exemplo.

■ Evolución neste século da relación entre competencias administrativas dentro das administracións e entre elas. A tensión entre administracións públicas é crónica. Hai unha loita polas competencias, tanto entre as distintas administracións coma dentro da cada unha delas, que desemboca nun atranco para a eficacia.

Antes dos anos 50, o ordenamento xurídico da zona marítimo-terrestre era moi disperso, carecía de estabilidade conceptual e dunha análise en profundidade; a definición xurídica do litoral non estaba clara. En relación cos municipios, chégase a considerar que está fóra do concello (incluso nos anos 80 o Tribunal Económico-Administrativo di que o municipio non pode esixir taxas porque o porto está fóra do municipio).

Pero tanto o Consello de Estado<sup>2</sup> coma o TS<sup>3</sup>, afirman a competencia concorrente do municipio na Zona Marítimo-Terrestre.

Boquera Oliver<sup>4</sup> di que esta xurisprudencia que respecta a competencia municipal logo evolucionou, debido a que os municipios quixeron acaparar cada vez máis poder, e houbo que matizar para senta-lo "rexeitamento dunha primacía absoluta das facultades municipais sobre as estatais".

A LS de 1976 establece no seu artigo 57.2 ("A aprobación dos plans non limitará as facultades que lles correspondan ós distintos departamentos ministeriais *para o exercicio, de acordo coas previsións do plan, das súas competencias*, segundo a lexislación aplicable por razón da materia"), o principio do plan urbanístico como instrumento coordinador vinculante de competencias administrativas do territorio. A STS do 3 marzo de 1986 segue este camiño que, para o relator, é o axeitado.

Co Estado das autonomías aparecen ámbitos de competencias definidos moi xenericamente e, ó tomar conciencia deles, o Estado e as CCAA comezan a legislar e o instrumento de dominio será a planificación; aparecen así moitísimos plans<sup>5</sup>, do máis diverso, que expresamente se antepoñen a calquera outro plan. Agora xa non hai só dous ámbitos de poder: ó Estado e ós municipios súmanse as CCAA.

■ As transformacións da función e efectos dos portos na cidade e no territorio. Salientou o relator que son os

<sup>2</sup> Dictames do 19 de maio 1952 e 14 de febreiro de 1957.

<sup>3</sup> SSTS do 20 de maio de 1961 e 2 Outubro de 1967.

<sup>4</sup> BOQUERA OLIVER, J. M. "As licencias urbanísticas nas zonas marítimo terrestre, marítima portuaria", *Revista de Estudios da Administración Local e Autonómica*, Abril-Xuño de 1985.

<sup>5</sup> En Andalucía, por exemplo, hai plans subrexionais; plans de medio físico; en marzo de 1989 creáronse, por lei, os plans de ordenación de recursos naturais.



enxeñeiros os que teñen a palabra nesta cuestión e citou como referencia obrigada a J. Pozueta Echevarri.<sup>6</sup>

O porto deixou de ser monopolizador da cidade para integrarse nunha realidade económica complexa, converténdose nun elemento ineludible na ordenación do territorio, planificación económica e protección medioambiental; derivou nun elemento dinámico pola continua necesidade de readaptación das estruturas, de acordo coas circunstancias; o municipio tende á revalorización dos antigos espazos portuarios, cunha vocación de ocupar as zonas libres; salientou tamén a actual tendencia á expansión da planificación urbanística na zona portuaria e a aparición de usos portuarios e non portuarios (para potencia-los servizos portuarios, feiras comerciais, asentamentos industriais...).

■ A atribución constitucional de competencias en materia de portos, ordenación do territorio, urbanismo, medio ambiente e costas. En principio débese partir do recoñecemento de que son competencia do Estado os portos de interese xeral, costas e o relativo ó dominio da zona marítimo-terrestre.

Pero a atribución de competencias non é pacífica, pois dáse un conxunto de títulos de intervención moi difuso: as CCAA, en materia de ordenación do territorio e urbanismo; o Estado, en medio ambiente, obras de interese xeral, portos de interese xeral, planificación económica e zona marítimo-terrestre.

Isto deriva nunha dificultosa concorrencia de normas: lei xeral, lei sectorial, lei plena, lei básica, lei autonómica... Os recursos de inconstitucionalidade presentados son numerosos.

A doutrina do TC senta o principio de que a atribución dunha competencia administrativa nun ámbito físico determinado non impide o exercicio doutras competencias.

Quen predomina cando chocan diversos planos de competencias semella a grande pregunta aínda por constatar.

¿Ata que punto se pode permitir que o Estado imponha un proxecto de obra contra un plano municipal a través do Consello de Ministros? A STC 56/1986, do 13 maio, recoñéceo como posible, baseándose na confluencia de títulos de intervención e no feito de que o Estado non pode ser freado nas materias que se lle atribúen.

<sup>6</sup> POZUETA ECHEVARRI, J. "O planeamento ante o espazo portuario. Situación e problemática da integración dos portos na ordeación territorial e urbana", en *A ordenación do litoral*, Temas de Administración local. Centro de Estudios e de Cooperación interprovincial, Granada, 1992.

Posteriormente, o TC<sup>7</sup> fala do “vínculo relativo á competencia estatal”, e di que este vínculo só existe respecto das cuestións xenuinamente fieis á materia en que o Estado ten atribuída a competencia (noutro caso non haberá vínculo). A xurisprudencia a este respecto é enorme.

Seguidamente, o relator falou do que el chama “conceptos constitucionais elásticos”; refírese a títulos de intervención estatal non definidos constitucionalmente e cunha grande “vis atractiva”, utilizados para lexitimala intervención estatal, especialmente a planificación económica e a protección do medio ambiente.

Así o TC, na STC 227/1988, sinalou que todo o que é planificación sectorial se integra na planificación económica e así este convértese nun título indirecto de intervención estatal (a través non só de lei senón tamén de regulamento).

O artigo 9 da LOHAPA, que prevía que no caso destes conflitos se acudiría ó consello do artigo 131 CE, declarouse inconstitucional por considerarse interpretativo da CE.

Pero tamén se dá xurisprudencia para avanzar na teoría da organización. Atopámo-la STC 45/1991, do 28 de febreiro, que salienta as técnicas de coordinación.

■ A LPEMM do 24 de novembro de 1992. Pretende ser unha lei unificadora, que derroga o dereito anterior e amosa certa tendencia á desburocratización. Quere axilizar, proxectando entidades como as autoridades portuarias e o ente público Portos do Estado.

Os artigos 2 a 5 son definidores. Do termo “portos de interese xeral” ofrece un concepto dinámico e no seu anexo I relaciónanse os portos que se integran nesa categoría. Por outra banda, a disposición adicional 8ª, ó falar de mante-las titularidades recoñecidas, parece non quere-la ruptura do status xa recoñecido para as CCAA<sup>8</sup>. Unha cuestión interesante é determinar como se sae do status de porto de interese xeral.

Os portos son estatais pero pódense adscribir. O TC modificou algún artigo (art. 107 do Regulamento da Lei de costas) pouco respectuoso coas competencias dos concellos e das CCAA.

Os artigos 14 ó 16 establecen o réxime de adscripción e reversión. Deste xeito, as CCAA deben estar atentas ós

<sup>7</sup> STC 144/1991, 4 de xuño.

<sup>8</sup> Da 8ª LPEMM “... a entrada en vigor da presente lei non afectará á titularidade das comunidades autónomas sobre todos aqueles portos ou instalacións marítimas incluídos expresamente nos correspondentes decretos de transferencia ou nas actas de adscripción do dominio público marítimo-terrestre suscritas pola Administración do Estado e a correspondente Comunidade Autónoma.

criterios do artigo 5 para ser porto de interese xeral pois pódese dar un cambio de cualificación.

Verbo da zona de servicios, presenta grandes problemas xurídicos e é motivo de recurso de inconstitucionalidade. A teor do parágrafo primeiro do artigo 15, inclúe "... as superficies de terra e de auga necesarias para a execución das súas actividades, as destinadas a tarefas complementarias daquelas e os espacios de reserva que garantan a posibilidade de desenvolvemento da actividade portuaria". A súa delimitación, como acto de deslindamento e fixación só conceptual, farase a través do Plan de utilización dos espacios portuarios. Este é aprobado polo Ministerio de Obras Públicas, cun informe do ente público Portos do Estado e das administracións urbanísticas sobre aspectos do seu interese, no prazo de un mes. A aprobación leva consigo a afectación ó uso portuario dos bens de dominio público. Posteriormente, esíxense tramitacións de notificación e publicación no DOG.

E, de non existir Plan especial da zona de servicios, actuarase respectando os plans de utilización dos espacios portuarios; córrese así o risco de que non haxa este plano especial e, polo tanto, de que se minimize a intervención da Comunidade Autónoma e o concello.

O Plan especial da zona de servicios dótese dunha natureza urbanística, o que non é novidade no noso ordenamento. O porto sempre se haberá de tratar coma un sistema xeral. O artigo 18, que regula a iniciativa, tramitación e aprobación, é longo e controvertido; a iniciativa correspóndelle á autoridade portuaria, a tramitación e aprobación á autoridade urbanística; pero non se pode obvia-lo dictame previo e favorable do Consello de Ministros, a Comunidade Autónoma só poderá non aproba-lo plan; iso é, a xuízo do relator, o máis dificultoso.

Finalizou este punto cunha referencia ó esquecido "círculo de intereses municipais", do que fala o artigo 2 da LRBRL, e que carece de contido pola tendencia avara das leis estatais e das CCAA. Lembrou aquí a derogación da licenza municipal para a realización de obras por parte das autoridades portuarias no dominio dos portos, que se ve substituída por un informe no artigo 19 LPEMM. Tamén salientou o artigo 244 do LS, que innova o artigo 180.1 do texto anterior, ó derroga-la esixencia de licenza

municipal para os actos promovidos polas administracións, en caso de urxencia ou excepcional interese público.

De seguido, reflexionou sobre os conflitos de competencias nas zonas francas e a situación da cidade gaditana, cun réxime peculiar.

■ O último punto destinouno a destaca-lo papel da cooperación como principio básico das relacións de competencias. Partiu dos principios de unidade e continuidade como básicos na organización administrativa. Pero, a necesidade de pensar no cidadán e non nas cotas de poder administrativo tradúcese no dereito que aquel ten á actuación administrativa baseada na eficiencia e a eficacia; e estes dous principios tradúcense no de cooperación.

O principio de cooperación aparece recollido en numerosas leis<sup>9</sup> e o TC aréngao.

É algo que nace xuridicamente como norma esixible e faise preciso acrecenta-lo concepto xurídico-administrativo (que non político) de cooperación, como unha actuación conxunta. Trátase dunha directriz xurídica, que presenta dúas variantes: a colaboración (que é voluntaria) e a coordinación (imposta pola lei)

Rematou cun recordatorio do principio de subsidiariedade, proclamado no Tratado da Unión Europea, do que destacou a nota de que debe actua-la Administración máis próxima ó cidadán, a máis rendible; significa que se debe derivar do sistema o mellor para servir ó cidadán (acorde coa necesidade de servizo do artigo 103 CE).

E concretou a necesidade de cooperación na máxima seguinte: “Se non traballamos unidos, podemos morrer separados”.

Á exposición do profesor Pérez Moreno seguiulle un pequeno *coloquio* no que se formularon cuestións tan dispares como a idea do Senado como órgano corrector e contrapeso para unificar criterios e chegar a unha Administración única (o relator considera que se trata dunha boa solución, xa intentada pola LOHAPA, e sinalou a este respecto que o Estado autonómico aínda se atopa nunha fase de expansión, que debería ser presidida pola racionalidade); a peculiaridade de que nun mesmo porto concorran as condicións de porto de interese xeral e porto deportivo –competencia das CCAA– (Pérez Moreno con-

<sup>9</sup> Así, a LRBRL, a Lei 30/1992, do réxime xurídico das administracións públicas e procedemento administrativo común,...

sidera que aí entraría en xogo a dinámica expansiva dos títulos elásticos, á que fixo referencia no seu relatorio, aínda que non estima que sexa unha saída correcta desde o punto de vista constitucional); ou a valoración do feito de que a clase política critique as leis (o relator cualificou o feito de san sempre que se faga racionalmente, e considerou que debe se-lo experto o que presente solucións para que o político elixa entre elas).

■ En segundo lugar desenvolveuse a intervención de D. Francisco Xosé Serna Gómez, director xeral da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia, baixo o título “Competencias da Comunidade Autónoma galega en materia de portos. O recurso de inconstitucionalidade contra o artigo 18 da lei”.

Partindo da consideración de que o artigo 18 da nova Lei de portos non foi o único impugnado pola Comunidade Autónoma galega e de que ía desenvolver-la temática do recurso á marxe da súa fundamentación teórica, o Sr. Serna dividiu a súa exposición en dous tempos.

Nun primeiro achegamento, fixo referencia á distribución de competencias en materia de portos, desde a perspectiva da Constitución española (CE, en diante) e o Estatuto de autonomía galego (en diante, EAG), nos seguintes termos.

A CE non atribúe competencias en materia de portos de forma global, senón que o fai por materias. Así, o artigo 148.1. CE: “As CCAA poderán asumir competencias nas seguintes materias: 6ª portos de refuxio, os portos... deportivos e, en xeral, os que non desenvolvan actividades comerciais”; tamén o artigo 149.1: “O Estado ten competencia exclusiva sobre as seguintes materias: 20ª mariña mercante e matriculación de buques; iluminación de costas e sinais marítimos; portos de interese xeral...”.

Considera así que, se a CE quixese clasificarlos portos dedicados ó comercio marítimo como de competencia exclusiva do Estado, teríao establecido expresamente no artigo 149.

Partindo dos artigos 148.2 e 149.3 CE, o EAG atribúelle á Comunidade Autónoma competencia exclusiva sobre “portos... non cualificados de interese xeral polo Estado e os portos de refuxio e portos... deportivos” (art. 27.9) e o desenvolvemento lexislativo e a execución da

lexislación estatal en materia de “portos pesqueiros” (art. 28.6).

Tomando como base estes artigos, o relator senta as conclusións que seguen:

■ Correspóndenlle á Comunidade Autónoma plenamente as potestades lexislativas e de execución nas materias portos de refuxio, deportivos e, en xeral, os que non desenvolvan actividades comerciais. A CE defínenos como de interese autonómico sen discriminar se son ou non de interese xeral estatal.

O EAG define os portos non cualificados de interese xeral polo Estado, os de refuxio e deportivos, como de competencia exclusiva da Comunidade Autónoma, e non cabe, polo tanto, establecer competencias estatais.

■ A declaración de “portos de interese xeral” só se lles pode aplicar ós portos comerciais que reúnan os requisitos establecidos.

■ A atribución ás CCAA galega e andaluza<sup>10</sup> de competencia para o desenvolvemento lexislativo e execución da lexislación estatal en materia de “portos pesqueiros”, supón unha ampliación da competencia inicialmente atribuída polo artigo 148.1.6 CE. Se o porto en cuestión carece de actividades comerciais, sería de competencia exclusiva da Comunidade Autónoma; e, se son comerciais, a competencia será tamén exclusiva para a Comunidade Autónoma, sempre que non sexan de interese xeral do Estado.

Para explica-los artigos 28.6 EAG e 15.6 do Estatuto andaluz (que se expresa nos mesmos termos) fórmulanse catro hipóteses.

1. As CCAA galega e andaluza quixeron reduci-las súas competencias sobre portos pesqueiros e compártenas co Estado. O relator non considera aceptable esta conclusión.

2. A competencia compartida estatal refírese ó desenvolvemento e adaptación das estruturas do sector pesqueiro. Pero isto parece encadrarse na ordenación do sector pesqueiro, que é unha materia distinta.

3. Os portos pesqueiros constitúen un *tertium genus* porque supoñen unha concorrencia necesaria entre Estado e Comunidade Autónoma, aínda que non sexan de in-

<sup>10</sup> Artigos 28.6 EAG e 15.6 Estatuto de autonomía andaluz.

terese xeral. Pero esta visión non se abeira en ningún criterio constitucional ou estatutario en materia de portos.

4. A solución que apunta o Sr. Serna Gómez considera, por exclusión, que os portos pesqueiros do EAG son os que figuran entre os de interese xeral do Estado.

A partir de aquí, o relator centrou a súa exposición nos aspectos da nova Lei de portos que o recurso presentado pola Comunidade Autónoma galega reputa inconstitucionais.

Pártese da consideración de que a Lei de portos préntase, de forma encuberta, como unha verdadeira lei de harmonización.

No artigo 149.1 CE non se fala de normativa básica en materia de portos. Pero o artigo 150.3 CE prevé un procedemento extraordinario para dictar leis de harmonización. Xa o TC<sup>11</sup> sinalou que o artigo 150.3 CE non pode ser interpretado de forma illada, senón que cómpre relacionalo cos preceptos de distribución de competencias; e de aquí deriva o seu carácter excepcional e restrictivo.

A LPEMM non se autodenomina Lei de bases ou de harmonización, pero é unha lei reguladora de tódolos portos, á marxe do sistema de distribución de competencias; vén reformula-lo ámbito de competencias das CCAA en materia de portos.

O recurso de inconstitucionalidade presentado pola Xunta de Galicia impugna os seguintes artigos da LPEMM, do 24 de novembro de 1992:

■ Artigos 2.1, 2.2 e 2.4, referidos á definición de porto marítimo, requisitos para selo e clasificación.

A definición establécese de xeito xeral, aplicable ás CCAA, polo tanto. A expresión “para os efectos desta lei...” non é suficiente, deberíase empregar-lo termo “estatais”, pois, de non facelo, parecen incluídos tamén os portos autonómicos.

O parágrafo cuarto do artigo 2 fala de portos “comerciais ou non”, cando os portos non comerciais nunca son de interese xeral.

Non se lles pode impoñer ás CCAA a definición e requisitos do porto marítimo; invade a súa competencia exclusiva e correspóndelle a cada Comunidade Autónoma legislar sobre isto.

<sup>11</sup> STC 5 agosto 1983  
-LOHAPA-.

■ Artigo 2.6, sobre a definición de “instalacións portuarias”; apártase do sentido empregado na lexislación anterior e, ó varia-la definición, modifícanse as competencias atribuídas á Comunidade Autónoma galega no Decreto de trasposos de xullo de 1982. A definición, polo tanto, debe restrinxirse ós portos do Estado.

■ Artigo 3.1, 3.2, e 3.3. A definición de portos comerciais, ó non se referir exclusivamente ó Estado, invade as competencias exclusivas das CCAA sobre portos comerciais que non sexan de interese xeral.

O apartado 4 do artigo 3 exclúe da consideración de portos comerciais os portos pesqueiros, os destinados a proporcionarlles abrigo ás embarcacións en caso de temporal e os destinados, exclusiva ou principalmente a embarcacións deportivas ou de recreo. Pero débese ter en conta que, na maioría dos casos, nun mesmo porto coexisten diversas funcións. Por outra banda, considérase que as definicións establecidas neste parágrafo cuarto son de competencia exclusiva da Comunidade Autónoma.

■ Artigo 3.6, sobre definición e xestión de plataformas pesqueiras en portos estatais. A administración e xestión de plataformas pesqueiras de portos estatais correspóndelle á Comunidade Autónoma.

■ Artigo 3.5, parágrafo 2º. Este precepto condiciona a realización de operacións comerciais en portos de competencia autonómica ó informe favorable de determinados ministerios; isto supón unha inxerencia no exercicio das competencias exclusivas das CCAA.

■ Artigo 4 e disposición transitoria 8ª. As instalacións marítimas que non respondan á definición de portos marítimos da lei, subtráenselles ás CCAA. Pero, de non ser de interese xeral, serán competencia autonómica.

Parece que as CCAA non poderán considerar como porto os que si o sexan de acordo coa súa lexislación, pero non segundo a lei estatal.

■ Artigo 2.4, 2.5; artigo 5.1, 5.2; artigo 10. Todos eles supoñen unha indebida extensión da definición do interese xeral do Estado.

A extensión do interese xeral ós portos non comerciais é contraria ó artigo 148.6 CE.

Doutro lado, o cambio de criterio para que un porto sexa ou non de interese estatal déixase en mans do Esta-



do, e na recualificación portuaria a intervención autonómica redúcese a un dictame.

■ Artigo 14.4 parágrafo 2. O parágrafo primeiro do 14.4 determina que as concesións ou autorizacións que as CCAA outorguen no dominio público marítimo-terrestre adscrito, recoñecerán o correspondente canon de ocupación a favor da Administración do Estado<sup>12</sup>. O parágrafo segundo exclúe deste canon soamente as referidas ós portos e instalacións portuarias estatais transferidas ás CCAA e que figuran expresamente nos correspondentes reais decretos de traspaso en materia de portos. Pero, ¿que ocorre cos portos e instalacións que as CCAA constrúan trala correspondente adscrición demanial? Parece que segundo a Lei de portos si xeran a obriga de pagar canon e isto semella inconstitucional.

■ Artigo 15.2, parágrafo 4, relativo á delimitación das zonas de servizo. A delimitación da zona dous, se quedan incluídos os portos autonómicos, pode afectarlle á competencia da Comunidade Autónoma.

■ Artigo 16.1, parece limita-la competencia autonómica, ó non poder realiza-la totalidade dos seus servizos.

■ Artigo 16.3, cando fala da delimitación da zona de servizo portuaria; trátase dunha competencia autonómica.

■ Outro bloque de inconstitucionalidade da Lei de portos relaciónase coa materia de salvamento marítimo, na que se fai preciso partir dos artigos 149.1.20 CE e 30.1.3 EAG<sup>13</sup>. Nesta liña impúgnanse os seguintes preceptos da lei: 6.1.e); 86.2; 87; 89.1; e 90.

■ E un bloque final é o que supón unha invasión de competencias en materia de ordenación do territorio e urbanismo.

Impúgnanse os artigos 15.2 (insuficiente participación da Administración urbanística na elaboración dos plans de utilización das zonas de servizo); artigo 18.2 (invade a competencia exclusiva autonómica en materia de ordenamento e urbanismo, pola esixencia dun informe vinculante). Parece así que realmente non se están a buscar verdadeiras solucións de cooperación.

No breve *coloquio* que seguiu a esta intervención, fíxose referencia a un artigo do profesor Jiménez de Cisneros, no que impugna, un a un, os argumentos dos re-

<sup>12</sup> Baseándose na titularidade estatal.

<sup>13</sup> Artigo 149.1 CE: "O Estado ten competencia exclusiva sobre as seguintes materias: o 20º mariña mercante e abandeiramento de buques; iluminación de costas e sinais marítimos; portos de interese xeral; ...". Artigo 29 EAG: "Correspóndelle á Comunidade Autónoma galega a execución da lexislación do Estado nas seguintes materias: 3. Salvamento marítimo".

cursos de inconstitucionalidade presentados contra a Lei de portos, e unha STC do ano 1980, que parece ter resolto algunha das cuestións debatidas.

■ A sesión da tarde do día 15 comezouna D. Fernando García Agudín, avogado do Estado na Delegación de Facenda da Coruña, cunha disertación sobre “A intervención do Estado no ámbito portuario: problemas prácticos en materia de urbanismo”.

Os portos son costas españolas e polo tanto sonlles aplicables as instrucións da Lei de costas de 1988. Non aparece clara a fronteira lexislativa entre costas e portos e así, en caso de lagoa na Lei de portos, parece lexítimo acudir á lexislación de costas, sempre máis omnicompreensiva.

Na LPEMM, os sinais marítimos e iluminación, xunto ás súas instalacións e obras, adscribenselle á autoridade portuaria. Os funcionarios que se encargaban deles pasan a integrarse nas autoridades portuarias, segundo dispoña o ministerio. Neste contexto, o relator pregúntase sobre a posibilidade de utiliza-lo desafiuzamento administrativo para os funcionarios que non queren integrarse nas autoridades portuarias.

A CE relaciona a mariña mercante e abandeiramento de buques dentro das competencias exclusivas do Estado.

Como innovación atopámo-la distinción entre autoridade portuaria e Mariña Mercante; a desmilitarización da primeira supón a súa adscrición á Administración civil (Ministerio de Obras Públicas ou autoridade portuaria). A distinción baséase quizais en que a autoridade portuaria estende a súa competencia sobre terra firme, e a Mariña Mercante sobre o mar territorial. Sen embargo, este criterio non parece de todo de erradicación; por exemplo, a Lei de portos atribúelle á autoridade portuaria todo o relativo ós remolcadores de buques; no mesmo sentido, pódese cita-la regulación dos prácticos, case obsoleta. Non parece que haxa unha regulación racionalizada destes servicios na actualidade.

A Lei de portos pretende establecer un modelo de organización e explotación do sistema portuario de titularidade estatal. Este modelo supón que o Estado asume a xestión do servizo público en conxunto, pero fóra da Administración, nun réxime de empresa que utiliza os criterios empresariais a prol dunha maior eficacia.

A autoridade portuaria concentra tódalas funcións e a autonomía, e o ente público Portos do Estado exerce facultades de control; este último non só é un *holding*, senón que tamén fixa obxectivos e directrices para as autoridades portuarias e asigna recursos, entre outros cometidos.

Ó se-la autoridade portuaria empresa mercantil, faise difícil distinguir cando actúa como tal e cando como autoridade dotada de *imperium*. Parece que por esta vía se lesiona dalgunha maneira a autonomía desta figura.

Na Lei de creación de portos dotados do Estatuto de autonomía de 1968, a maioría configurábanse como organismos autónomos e os portos grandes tiñan un Estatuto de autonomía; tratábase de entidades públicas suxeitas ó dereito privado, dotadas de personalidade xurídica propia, e non sometidas á lexislación de contratos nin á de entidades estatais autónomas. A súa xestión é de dereito privado. Esta lei prevé así un sistema similar.

Hoxe tamén se lles aplica a lexislación de contratos ós entes públicos como as autoridades portuarias, feito que o Sr. García Agudín considera un contrasentido.

Por outra banda, cómpre felicita-lo sistema portuario, dado que na actualidade conseguiu o autofinanciamento, mesmo no capítulo dos investimentos. Tamén se loita por abarata-los custos en beneficio do usuario.

■ A regulación e xestión do dominio público e o sistema de financiamento de cánones.

A Lei de portos de 1992 di que o dominio público é de titularidade estatal e a súa xestión encoméndaselles ás autoridades portuarias, mentres que, respecto das CCAA, a técnica empregada é a da adscrición.

Pero se o dominio está xestionado pola Comunidade Autónoma ou a autoridade portuaria, en materia de cánones o suxeito activo é o Estado<sup>14</sup>.

O artigo 49 da lei refírese á desafectación dos bens de dominio público dun xeito un tanto anormal. Polo xeral, os bens afectados, ó perderen tal condición, volven ó dominio público; pero neste precepto establécese que, en caso de desafectación, se incorporan ó patrimonio da autoridade portuaria (onde non estaban), que poderá proceder á súa permuta ou alleamento.

<sup>14</sup> Coa excepción dos portos e instalacións obxecto de transferencia no correspondente R.D. de traspaso.

No réxime económico atopámonos cunha innovación básica. Dispónse que, sen prexuízo dos prezos públicos dos cánones da concesión, están as tarifas (de dereito privado, se ben se intervén para fixa-lo seu máximo e mínimo). Preséntase un problema respecto da posibilidade de esixencia dos créditos das tarifas portuarias: haberá que acudir á xurisdicción ordinaria; a lei faculta as autoridades portuarias para suspende-lo servizo dos clientes dúbidosos.

Hai que ter en conta tamén que no porto conflúen competencias doutros organismos públicos: tribunais económico-administrativos (artigo 24 da lei), Ministerio de Defensa, Ministerio de Economía e Facenda (por exemplo, na definición das zonas francas), CCAA, aduanas (comercio exterior)...

A última parte da exposición centrouse no tema do urbanismo, no que as colisións entre autoridades portuarias, CCAA e concellos presentan o máximo interese.

Débase ter en conta o artigo 180.2 do Texto refundido da Lei do solo de 1976, en relación coa posibilidade de impedir unha obra de interese estatal público; o Consello de Ministros decide, mesmo contra plan; esta medida xa superou o xuízo de constitucionalidade.

Ó abeiro desta solución desenvólvese unha interesante xurisprudencia do TS en torno ó artigo 180 da Lei do solo: distínguense as grandes obras públicas –autoestradas, portos–, que non precisan licenzia municipal, das que si a precisan.

Nunha liña progresista, a Sala de Conflictos do TS considera que unha obra pública non pode inmovilizarse por causa dun interdicto ou a través de xuízo declarativo. Parece que a nova Lei de portos recolle estas ideas ó establecer como instrumento urbanístico axeitado o plan especial. O Plan xeral de ordenación urbana debe considera-lo sistema portuario como sistema xeral. O porto non pode facer ningunha obra non incluída no plan especial; as obras de nova construción, reparación e conservación, non precisan licenzia municipal.

Para o relator, o Plan de utilización dos espazos portuarios non é unha figura urbanística; trátase dun deseño de actividade empresarial, dun plan de actuación, que ten que ser aprobado pola Administración central e vincula

as actividades da autoridade portuaria. Non o considera urbanismo; a través deste mecanismo poderíase burla-la distribución de competencias. E considera unha idea brillante que, unha vez incluída no plan especial unha actuación, non sexa precisa a licenza municipal. A colisión municipio-autoridade portuaria semella inevitable. Como exemplo falou do caso da cidade de Vilagarcía, na que o conflito entre o Plan xeral de ordenación e o Plan especial do porto ante a xurisdicción contenciosa, se saldou co éxito da posición municipal.<sup>15</sup>

O *coloquio* posterior foi reflexo das diferentes reaccións fronte á nova lei.

Houbo quen manifestou as excelencias da lei, especialmente respecto da xestión cotiá e do deseño dos novos equipos, que repercute na posibilidade de atender tódolos aspectos da actividade portuaria. O relator sinalou que no sistema anterior tamén houbo eficacia e preguntouse acerca da necesidade desta nova lei.

Outras posturas reflectiron a necesidade de que o porto se integre na cidade e reivindicaron un papel máis importante para os concellos; deste xeito, a cuestión primordial centraríase na coordinación de competencias.

Tamén se falou da excesiva produción normativa e da necesidade de simplificar e reduci-lo intervencionismo a prol dunha maior funcionalidade. O Sr. García Agudín considera que cómpre diferenciar entre proliferación normativa (e non cre que sexa excesiva) e simplificación de tramitacións.

Rematouse cunha valoración negativa das técnicas de coordinación, ineficaces nas relacións interadministrativas.

■ D. Xosé M<sup>a</sup> Gómez e Díaz-Castroverde, maxistrado do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, rematou a primeira xornada cunha reflexión sobre “O porto como sistema xeral e a súa incidencia no réxime económico-financieiro portuario”.

O porto, como ben de dominio público, inclúese no debate xurídico que, dende a Lei de augas de 1985<sup>16</sup>, se iniciou sobre o alcance da configuración que o lexislador fai dos bens do dominio público do artigo 132.2 CE.

Nel conflúen as competencias das administracións central, autonómica e local.

<sup>15</sup> Considerouse que os viais do porto non poden ter unha vida completamente independente dos viais municipais.

<sup>16</sup> E continuado polas leis de estradas e de costas de 1988.

O porto xa non se pode seguir considerando como ámbito alleo á cidade e hoxe é manifesto o desexo da Administración municipal de integralo na cidade e beneficiarse das vantaxes que xera.

Jiménez de Cisneros<sup>17</sup> alude á planificación urbanística como principal instrumento no diálogo porto-cidade; pero este non é o único instrumento e con el non se define a distribución de competencias.

A exposición divídese en tres temas fundamentais, derivados das seguintes reflexións:

1. A existencia do porto únese indivisiblemente a un espazo territorial determinado, rexido pola Administración municipal, que estende a el as súas potestades<sup>18</sup>, saíliendo a potestade tributaria.

2. Cómpre aludir ás novidades introducidas pola Lei de portos no ámbito da organización portuaria e as súas repercusións nos cidadáns.

3. Ademais, o porto destácase como centro de prestación de servizos a través da ocupación temporal de espazos demaniais. Aquí encádrase o estudo das tarifas portuarias.

*1. As potestades municipais e o espazo portuario, en especial, a potestade tributaria.*

Cómpre concreta-lo ámbito físico do porto e establecela súa definición na planificación urbanística.

Hai que situar no seo do municipio o concepto de porto que se desprende do artigo 2 da LPEMM<sup>19</sup>. Xorde aquí a cuestión da determinación do límite último do exercicio das competencias municipais dentro do territorio propio do seus límites; neste sentido, a STS do 19 xuño de 1987 considera que as competencias municipais sobre ordenamento urbanístico non se estenden ó mar litoral; non é posible así entender que hai ordenación urbanística municipal naqueles elementos do dominio público portuario que carecen de soporte territorial. Isto ten grande importancia no ámbito tributario.

O planificación xeral municipal debe incluí-la determinación do espazo portuario (artigo 72.2 d) LS). Ademais, o artigo 18.1 LPEMM ordena que os plans xerais e demais instrumentos xerais de ordenación urbana cuali-

<sup>17</sup> JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., "A ordenación xurídica da zona de servizo dos portos de interese xeral" *Revista de Dereito Urbanístico*, nº 134.

<sup>18</sup> Cfr. artigo 4.1 Lei 7/1985, do 2 abril, reguladora das bases do réxime local.

<sup>19</sup> Este artigo denomina porto marítimo o conxunto de espazos terrestres, augas marítimas e instalacións, que reúna as condicións de situación, físicas, naturais ou artificiais, e de organización nel mencionadas.

fiquen a zona de servizo dos portos estatais como sistema xeral portuario, sen interferir no exercicio das competencias de explotación portuaria, que son obxecto de desenvolvemento polo plan especial.

En consecuencia, faise posible que os espazos portuarios sexan clasificados nalgunha das categorías de solo establecidas na lexislación urbanística, cousa que, de acordo con Jiménez de Cisneros, non debería poder ser.

Outro factor que repercute no exercicio da potestade tributaria das corporacións locais é a esixibilidade de licenza municipal. O artigo 244.1 LS, suxeita a licenza ós actos de edificación e uso do solo en terreo de dominio público realizados polos órganos das administracións públicas ou entidades de dereito público, “se así se require na lexislación aplicable”. Esta lexislación aplicable é aquí a LPEMM que, no seu artigo 19.3, exixe de tal licenza (tanto a de obras coma a de apertura).

Por outra banda, o exercicio de actividades no espazo portuario está suxeito, non só á intervención administrativa, senón tamén á previa autorización ou outorgamento de concesión, en ambos casos correspondente á autoridade portuaria.<sup>20</sup>

Este primeiro apartado péchase cunha sucinta análise da repercusión dos tributos municipais no ámbito portuario.

a) *Taxas* (artigo 26 Lei xeral tributaria). Defínense<sup>21</sup> por contraposición ó imposto, a través das notas de divisibilidade do servizo público e individualidade do custo.

Partindo da determinación do feito impositivo das taxas<sup>22</sup> que realiza o artigo 20, Lei reguladora das facendas locais de 1988 (LRHL, en diante), os concellos poderían esixir taxas polo servizo de expedición de licenzas urbanísticas. Pero os artigos 244 TRLS e 19.3 da Lei de portos eximen deles ás administracións públicas e entidades de dereito público. Os particulares si estarán sometidos á licenza e, polo tanto, á taxa.

b) *Imposto sobre construcións, instalacións e obras*. Tributo indirecto, de exacción obrigatoria; a súa esixencia non subsume a taxa, por teren distinto feito impositivo.

A súa regulación no artigo 101 LRHL desvincúlao cla-

<sup>20</sup> Artigos 57.1 e 63.1 LPEMM.

<sup>21</sup> SÁINZ DE BUJANDA, F. *Leccións de dereito financeiro*, Servizo de Publicacións. Facultade de Dereito da Universidade Complutense, Madrid, 1993.

<sup>22</sup> Prestación dun servizo público ou realización dunha actividade administrativa de competencia local, que se refira, afecte ou beneficie de modo particular ó suxeito pasivo cando concorran estas circunstancias: a) que sexan de solicitude ou recepción obrigatoria; b) que non sexan susceptibles de ser prestados ou realizados pola iniciativa privada.

ramente da obtención da licenza e, en principio, da obriga de obtela.

Este artigo da pé a dúas posibles interpretacións:

- considerar que pretende obxectiva-la obra que se debe realizar, apartándoa da persoa e do ámbito.
- referilo ó ámbito total da normativa urbanística correspondente, de forma que a autoridade portuaria non quede suxeita ó imposto.<sup>23</sup>

O relator defende a segunda postura partindo da consideración de que, para que exista feito impositivo, cómpre que a obra, instalación ou construción obteña a licenza (de ser preciso).

c) Imposto sobre actividades económicas. Non se debe formular dúbida ningunha respecto do ámbito territorial de aplicación deste imposto, e a cuestión queda reducida á posibilidade de que as actividades que se desenvolven neste espazo sexan realizadas por algún dos suxeitos exentos mencionados no artigo 83 LRHL.

d) Imposto sobre o incremento do valor dos terreos de natureza urbana. O artigo 106.2 f) LRHL exige aqueles incrementos de valor cando a obriga de satisfacerlo imposto recaia sobre os titulares de concesións administrativas susceptibles de reverteren respecto dos terreos afectados ás mesmas. Deste artigo caben dúas interpretacións:

Só hai exención no caso de reversión á Administración concesionaria. Parece avalar esta postura o propio fundamento do imposto.<sup>24</sup>

A exención alcanza tamén ás transmisións anteriores á reversión<sup>25</sup>. O autor inclínase por esta, dado que o artigo citado coincide co 353.1 g) do Texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local de 1986, e este foi precisamente o criterio xurisprudencial ó respecto.<sup>26</sup>

e) Imposto sobre bens inmoables. Non hai coincidencia entre solo urbano no plan urbanístico e solo suxeito a este imposto (que se estende ó urbanizado e susceptible de urbanización e ó fraccionado en contra da lexislación agraria).

Están exentos os bens de dominio público marítimo-terrestre estatal, os portos e instalacións portuarias estatais. ¿Que pasa cos de titularidade non estatal? Parece que

<sup>23</sup> Artigos 244 LS e 19.3 LPEMM.

<sup>24</sup> Gravar aquelas plusvalías percibidas polo transmitente que non obedecen propiamente á súa actuación, senón ó total das actuacións, alleas a el, da comunidade en que se desenvolve.

<sup>25</sup> Así como as autorizacións son intransferibles –salvo as de ocupación de dominio público para os supostos de vertidos–, as concesións poden transmitirse nos termos do artigo 64.1 LRRL.

<sup>26</sup> STS do 28 de maio 1993.



tamén deben quedar exentos; trátase dunha exención obxectiva.

## 2. A nova fórmula de organización.

Menéndez Rexach<sup>27</sup> sinala que a nova Lei de portos e da Mariña Mercante de 1992 distingue entre Administración "marítima" (capitanías de mariña) e Administración portuaria (autoridades portuarias e o ente público Portos do Estado).

O fenómeno da descentralización administrativa dá lugar á chamada Administración institucional, de carácter instrumental, que acomoda a súa actuación ó dereito privado a prol dunha maior flexibilidade; é un fenómeno en clara expansión.

A exposición de motivos da LPEMM establece a necesidade de elimina-las rixideces propias da estrutura administrativa para logra-la realización dos principios de eficiencia, axilidade e flexibilidade, propios da xestión empresarial que se desenvolve nos portos.

Aparecen así os entes de dereito público: a autoridade portuaria (competente na xestión dos servicios portuarios) e o *holding* Portos do Estado, dependente do Ministerio de Obras Públicas e que controla e coordina a primeira.

A novidade radica na xestión presupostaria, posto que xa antes existían as xuntas de porto (organismo autónomo de carácter comercial) e os portos autónomos.

Malia que o artigo 66.4 LPEMM establece que as actividades e servicios prestados polas autoridades portuarias se rexen polas normas de dereito privado, hai tamén notas que poñen de manifesto o carácter público da súa función:

O outorgamento da concesión ou autorización para a ocupación ou aproveitamento do dominio público portuario, xera a obriga de recibir canon a favor da autoridade portuaria; este canon é un prezo público.

As autoridades portuarias poden utilizar, para a efectividade dos seus débitos con natureza de dereito público, o procedemento administrativo de constrinximento.

O asesoramento, defensa e representación en xuízo do ente público Portos do Estado e das autoridades portua-

<sup>27</sup> MENÉNDEZ REXACH, A., "Os servicios portuarios: a súa xestión directa ou indirecta", *Comentarios á nova Lei de portos, Consorcio da Zona Franca de Vigo*, Vigo, 1993.

rias, pódennles ser encomendados ós avogados do Estado integrados no Servicio Xurídico do Estado, por medio de convenio.<sup>28</sup>

O ente público Portos do Estado e as autoridades portuarias quedan sometidos ó réxime tributario que lle corresponde ó Estado (artigos 33 e 51 da Lei de portos). Deberíase establecer unha compensación correspondente ás facendas locais<sup>29</sup>, pero non prevé tal cousa a nova lei.

### *3. A configuración das tarifas por servicios portuarios.*

O artigo 68.1 da LPEMM establece que “os ingresos das autoridades portuarias deberán responder ó obxectivo de logra-la rendibilidade global do conxunto do sistema portuario e de cada un dos portos”.

A configuración das tarifas atravesa por tres etapas.

Antes da Lei 8/1989, do 13 de abril, de taxas e prezos públicos, as tarifas por prestación de servicios portuarios concéctanse co concepto de taxa, na medida en que se vinculan á contraprestación dunha actividade administrativa ou ó uso dos bens de dominio público en beneficio de suxeitos individuais.

En consecuencia, réxense por lei, constitúen un ingreso público (coa posibilidade de utiliza-lo procedemento administrativo de constrinximento) e o seu importe lígase ó custo do servico.

A Lei do 28 de xaneiro de 1966 sobre réxime financeiro dos portos, determina que as tarifas portuarias responderán ó principio de rendibilidade da explotación, de forma que, sumadas ós cánones por concesión administrativa, cubran os gastos desta explotación, conservación, depreciación de bens e instalacións portuarias e supoñan un rendemento razoable do investimento en activos fixos.

Nunha segunda fase, a partir da Lei 8/1989, varía a natureza das tarifas e da taxa, que pasan a configurarse como prezo público. En consecuencia, o custo real ou previsible do servico ou da actividade deixa de se-lo seu límite máximo e convértese no mínimo; ademais, a fixación de prezos públicos pódese facer por orde do departamento ministerial correspondente, e a autoridade portuaria po-

<sup>28</sup> R.D. 685/1993, 7 de maio, sobre a asistencia xurídica ós entes públicos Portos do Estado e autoridades portuarias.

<sup>29</sup> De acordo co artigo 142 CE e 9.2 LRHL.

de seguir utilizando elementos exorbitantes ó dereito privado, como o procedemento de constrinximento.

Na última etapa, a LPEMM, inspirada no principio de rendibilidade global do conxunto do sistema portuario e de cada un dos portos, configura as tarifas como prezos privados.

A xurisdicción competente agora é a civil, o que a xuízo do relator, perturba as posibilidades de impugnación dos interesados que, por se-lo Ministerio de Obras Públicas quen fixa os límites máximo e mínimo das tarifas<sup>30</sup> e porque a disposición ministerial só se pode impugnar pola vía contencioso-administrativa, estarán obrigados a litigar ante dúas xurisdiccións distintas.

Non se pode xa utiliza-lo procedemento de constrinximento e só se poderá acudir ó mecanismo de suspensión temporal da prestación do servizo (previsto no artigo 48.2 da Lei de portos).

A lei permítelle tamén percibir tarifas a quen presta servizos portuarios a través do sistema de xestión indirecta.

No *coloquio* seguinte a esta intervención, fíxose fincapé en que as exencións mencionadas na primeira parte do relatorio lle afectarían unicamente ó solo, de dominio público, e non ás construcións dos concesionarios deste solo, que non gozan dese carácter. En relación co imposto de bens materiais o Sr. Díaz-Castroverde rexeitou a posibilidade de limita-la exención ós portos de uso gratuíto (a lei, en relación coas estradas, utiliza este cualificativo).

■ D. Francisco Javier Jiménez de Cisneros Cid, profesor titular de dereito administrativo da Universidade Autónoma de Madrid, iniciou a xornada do día 16 cunha exposición sobre “Os plans especiais de ordenación dos espazos portuarios”.

Nos últimos anos, a relación porto-cidade foi tensa, non só en España senón tamén no seu contorno (xa anos antes xorde esta problemática en países da Unión Europea como Francia ou Gran Bretaña, aínda que, no país anglosaxón, ó ser distinta a regulación, tamén o é a solución), xa que sobre o mesmo espazo físico concorren distintas competencias de diferentes administracións públicas.

Ata o ano 1978 non houbo problema, salvo polo cre-

<sup>30</sup> Artigo 70.2 LPEMM.

cemento do porto sen ter en conta a cidade (primeiro tercio do século XX).

Tralo 78 a situación complicase, pois sobre ese espacio físico actúan, non só o Estado e os municipios, senón que aparece ademais a xestión levada a cabo polas CCAA.

A ordenación física do porto non presentaba problemas porque non tiña reflexo nunha ordenación xurídica (ata finais de 1980). Pero crecen as cidades, aparece a sensibilidade ecolóxica, xurídica e política, as actividades industriais dos portos, e isto obriga a buscar solucións entre tódalas administracións. A LPEMM intenta que o diálogo porto-cidade se organice dende parámetros racionais, evitando o conflito de competencias xurisdiccional. A planificación aparece como o mecanismo racional para agrupa-los intereses que están en xogo.

O relator non cre que o Estado deba prevalecer sempre; a cláusula de predominancia do artigo 149.3 CE non se lles aplica ás competencias exclusivas das CCAA.

Outra preocupación da lei é o problema do deslindamento físico do porto, que se debe establecer a través do Plan de utilización dos espacios portuarios. Desde o punto de vista autonómico combátese este plan.

Na súa opinión, a lei foi respectuosa ó planea-lo espacio urbanístico; a lei limítase a sinalar que os portos son sistemas xerais, non define nada; obriga a cualifica-los plans como sistemas xerais, pero isto supón, simplemente, elevar a rango normativo o que hai na realidade.

Antes, o espacio portuario cualificábase de moi diversos xeitos, e así soluciónase o problema cunha categoría como o sistema xeral. Como efecto, os plans impóñense á consideración municipal.

A lei obriga a que sobre ese sistema xeral se aprobe un plan especial; é a única posibilidade de regular un sistema xeral. O plan especial do artigo 18 é un plan urbanístico como calquera outro da Lei do solo. Aquí o protagonismo das autoridades portuarias é evidente. A zona de servizo abrangue a maioría das veces varios municipios e a máis é sufragada economicamente pola autoridade portuaria (estatal), e a titularidade, como dominio público, pertécelle ó Estado. Por isto non se poden deixar unicamente nas mans municipais e é así como xorden certas notas procedementais: a iniciativa está en mans

das autoridades portuarias; o informe vinculante do artigo 18 (transcrición dos artigos 112 e 117 da Lei de costas, nun mecanismo xa lexitimado polo TC en 1991).

O dominio público portuario é dominio público marítimo-terrestre estatal; a titularidade demanial do Estado obríga a garanti-la execución de tódalas actividades portuarias precisas; é necesaria a protección do dominio público marítimo-terrestre.

Se o informe é negativo, o plan faise nulo de pleno dereito. E, en todo caso, o municipio pode deixar de aproba-lo plan.

Para evita-lo baleiro e a inmovilización en caso de conflito de intereses, establécese un mecanismo de suplencia, o Plan de utilización dos espazos portuarios; como xa sinalou o TC, a titularidade dos bens de dominio público estatal leva implícitas tódalas medidas para a súa protección, incluído o deslindamento.

Cómpre ter en conta que ningún acto é inmune ó control xurisdiccional e esta é outra vía para o municipio e a Comunidade Autónoma.

Existe ademais a necesidade dunha ordenación lóxica pola autoridade portuaria; a lei obriga a ter unha idea racional de como é o porto; o plan de utilización debe se-la plasmación física da xestión portuaria, obriga a un directo vínculo co uso portuario; isto é relevante para os efectos da impugnación.

Por outra banda, o plan de utilización é un *prius* para a ordenación urbanística, é preciso para que logo se poida establece-lo plan especial. Aquí radica a conexión coa cidade. O plan de utilización é a información urbanística, pero non é unha ordenación (se ben na práctica algúns plans condicionan a posterior planificación urbanística) e proxecta os seus efectos *ad intra* a actividade portuaria.

Pero se non hai plan especial, o plan de utilización bastaralle á autoridade portuaria para dotar de legalidade a súa actuación.

A valoración desta medida que fai o relator é positiva, porque só será a inactividade municipal a que obrigue a este efecto para que o porto non vexa paralizada a súa actividade. As competencias estatais na materia non se

poden negar. Nestes casos, o plan de utilización si servirá como mecanismo de ordenación.

A lei só pretende establecer un mecanismo de obriga-da reflexión dos entes implicados, das tres administracións públicas, e non baleirar de competencias os municipios e as CCAA.

No coloquio posterior, preguntouse que ocorre coas obras no porto cando non hai plan especial, dado que o plan de utilización non contén ordenanzas, como serán os límites desas obras; o relator considera aquí lexítima a aplicación da LS e da LPEMM (que contén tamén algúns límites).

Falouse tamén de que a lei parece ampliar indirectamente a competencia municipal (en contra da xurisprudencia do TS de que o municipio remata no peirao), á hora de delimita-las augas portuarias e as zonas 1 e 2. Outra pregunta centrouse no significado do artigo 19 da lei e na determinación de quen é a autoridade urbanística da que fala (o relator sinalou que a competente, normalmente o concello) e da natureza do informe vinculante (que non xera taxa e inverte a carga da proba). Houbo tamén quen discrepou do relator, considerando que, máis que establecer mecanismos de diálogo, o que a lei pretende é aparta-los concellos dos asuntos portuarios. Rematouse cunha reflexión verbo dos informes preceptivos, que descoñecen moitas veces os plans de usos, instrumento de xestión portuaria fundamental, e da necesidade de que o sentido de patrimonio desapareza na xestión portuaria.

■ D. Eduardo Calvo Rojas, maxistrado do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid, rematou a sesión matinal cunha disertación verbo da "Ordenación portuaria e planificación urbanística: obras e instalacións no ámbito portuario".

Parte dun punto de vista crítico da Lei de portos, pois considera que o lexislador anulou as competencias urbanísticas municipais. Tanto en ordenación coma en control, preserváronse esaxeradamente as competencias estatais, a custa das competencias urbanísticas dos municipios e das CCAA.

No espacio portuario conflúen competencias diversas de diferentes administracións. Conflúen espacialmente dereito portuario e dereito urbanístico. Trátase dun en-

frontamento entre política sectorial (portuaria) e política horizontal (urbanística), de xeito que esta última é sacrificada pola lei.

A consideración de que o porto é cidade acaba por se converter en indubidable<sup>31</sup>; pero para os efectos urbanísticos o mar territorial non é municipal<sup>32</sup> –non cabe esixir licencia–. A esta cualificación xustaponse a do porto como dominio público estatal. E, ¿como articular ambas afirmacións?

O TS advirte que a concorrencia non dará lugar nunca ó menoscabo das competencias estatais. Pero isto non supón que o Estado teña que prevalecer sempre (a cláusula de predominancia do artigo 149.3 CE non se aplica nas competencias exclusivas das CCAA).

En ocasións, o TC aconsella solucións de cooperación para estes conflitos e, segundo o relator, na LPEMM non se segue esta advertencia.

A articulación podería vir dada co plan xeral e o plan especial<sup>33</sup>, sen a nova lei; sería suficiente coa lexislación urbanística.

Pero o artigo 18.1 da Lei de portos non se limita a reproducir este esquema, senón que vai máis alá; non lle permite á Administración urbanística optar entre esgotar a regulación portuaria co plan xeral, globalmente, ou complementala cun plan especial; imponse esta última solución. E non se debe esquecer que as determinacións do plan xeral veñen xa condicionadas, por exemplo, polo plan de utilización.

No procedemento de aprobación do Plan especial de ordenación do sistema portuario confíreselle unha intervención decisiva á Administración portuaria e, en último caso, ó Consello de Ministros; a propia LPEMM contén unha serie de determinacións substantivas e directas sobre o contido deste plan, a máis de establece-la súa total prescindibilidade.

Cómpre destacar algúns aspectos da tramitación do plan especial. A competencia estatal en materia portuaria non se discute, pero tampouco habilita para introducir especialidades nun procedemento (o de aprobación dos instrumentos de planificación urbanística) que lle corresponde á lexislación urbanística.

<sup>31</sup> STS do 28 xuño 1980: “todo o territorio nacional forma parte dos municipios”.

<sup>32</sup> SSTs do 4 de febreiro 1987 e do 19 xullo 1987.

<sup>33</sup> Trataríase dun plan especial do artigo 84.2 a) LS: un plan especial dictado en desenvolvemento das previsións do plan xeral acerca dun determinado sistema xeral.

A iniciativa e a formulación parecen corresponderlle á autoridade portuaria; ¿inclúe isto a aprobación provisional? Neste caso, ó non se-lo mesmo formulación e redacción, a resposta debe ser negativa. Así pois, formulación para a autoridade portuaria e tramitación e aprobación para a Administración urbanística competente.<sup>34</sup>

A Administración urbanística aproba o plan especial provisionalmente e dálle traslado do seu contido á autoridade portuaria para que se pronuncie "sobre os aspectos da súa competencia".<sup>35</sup>

A Administración urbanística non poderá aprobar definitivamente o plan especial se o citado pronunciamento é desfavorable e, de non chegar a un acordo no prazo de seis meses, o Consello de Ministros informará con carácter vinculante.

Tanto o pronunciamento da autoridade portuaria como o informe vinculante do Consello de Ministros, deben recaer sobre aspectos da súa competencia, procedendo, noutro caso, á súa impugnación pola vía contencioso-administrativa. Deste xeito, a aprobación definitiva do plan especial pola Administración urbanística competente aparece un tanto esvaída.

O plan especial ten por obxecto desenvolver as previsións do plan xeral sobre o sistema xeral portuario; pero este plan xeral xa vén predeterminado: é preceptivo que cualifique como sistema xeral toda "a zona de servizo dos portos estatais" (e a delimitación desta zona realízase a Administración do Estado no Plan de utilización dos espazos portuarios) e, en todo o referente a este sistema xeral portuario, "non poderá incluír determinacións que supoñan interferencia ou perturbación no exercicio das competencias de explotación portuaria".

Ademais, o plan especial aparece vinculado directamente ás previsións de explotación do porto formuladas pola autoridade portuaria e ás determinacións substantivas da Lei de portos. Tamén terá que observar as disposicións da lexislación de portos sobre delimitación e utilización do dominio público portuario, as disposicións contidas no regulamento de servizo e policía de cada porto e nas ordenanzas da autoridade portuaria.

Por outra banda, de non existir plan especial, a autoridade portuaria poderá realizar obras de superestructura

<sup>34</sup> Fronte a JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, que sostén que a Administración portuaria podería ser competente non só para a redacción do plan especial senón tamén para a súa aprobación inicial e provisional.

<sup>35</sup> Artigo 18.2 c), parágrafo 1º, LPEMM.



e instalacións no dominio público da súa competencia, coa única limitación de que “deberán ser compatibles cos plans de utilización dos espazos portuarios”.

Respecto da posibilidade do control xudicial, a carga da proba xa aparece invertida e a Administración estatal ocupa sempre a máis cómoda posición de demandado.

Ó plan especial quédalle así pouca marxe de determinación nos aspectos estritamente urbanísticos, que mesmo podería ser desbaratada por vía de impugnación, negando o informe positivo. A lei parece propiciar estes abusos.

Chega a estar tan desvalorizado o plan que se declara prescindible.

Dise que a suplencia do plan de utilización é transitoria, pero esa transitoriedade pode eternizarse e a lei non establece límite temporal ningún.

Antes da Lei do 92 partíase de que a planificación urbanística vinculaba a particulares e tamén a autoridades e, en todo caso, hai suxeición ó principio xeral da esixencia de licenzia (que se formula en función do uso do solo que se vai facer), con dúas excepcións: o artigo 180.2 da Lei do solo –agora 244–, referido a razóns de urxencia ou excepcional interese público<sup>36</sup> (libérase da necesidade de licenzia pero non da intervención municipal); as obras que, pola súa envergadura, penetran no ámbito da ordenación do territorio, excedendo do ámbito puramente urbanístico<sup>37</sup>. Ademais, débese ter en conta que o mar territorial non forma parte do municipio.<sup>38</sup>

Este esquema aparece en principio reproducido nos artigos 242 e 244 LS. Pero cunha novidade: os actos enumerados no artigo 242, promovidos polos órganos das administracións públicas, estarán igualmente suxeitos a licenzia “... se así o establece a lexislación sectorial correspondente” (artigo 244). Isto foi agravado pola lexislación portuaria.

Aparece así unha serie de leis que tenden a subtraer do requisito da licenzia municipal as obras promovidas pola Administración estatal nos seus respectivos ámbitos.<sup>39</sup>

Na LPEMM distínguense obras de construción dun novo porto e as restantes obras e instalacións do ámbito portuario; pola súa vez, dentro destas últimas, diferén-

<sup>36</sup> A STS do 16 de febreiro de 1988 sinalou que o artigo 180.2 debía interpretarse de acordo coa distribución de competencias establecida pola CE. A mencionada excepción, STS do 14 de outubro de 1992, debe interpretarse estritamente.

<sup>37</sup> Criterio xurisprudencialmente establecido: SSTS 3 de decembro de 1982, 20 febreiro 1984, 28 de maio 1986, 4 de febreiro en 1987,...

<sup>38</sup> SSTS do 20 febreiro de 1984, 30 de marzo 1984, 4 de febreiro 1987, 19 de xuño 1987, 25 de xaneiro 1988.

<sup>39</sup> Lei 22/1988, 28 de xullo, de costas (artigo 11); Lei 25/1988, 29 de xullo, de Estradas (artigo 12).

ciáanse as obras promovidas pola autoridade portuaria das promovidas por terceiro titular dunha autorización ou concesión.

No caso de construción dun novo porto de titularidade estatal, o procedemento recóllese no artigo 20 LPEMM; este prevé un informe en relación coas competencias de ordenación do territorio e urbanismo da Comunidade Autónoma e do concello (substituíndo a licenza municipal); pero o informe non é vinculante.

As obras e instalacións que hai que realizar no ámbito portuario promovidas pola autoridade portuaria, cualifícanse, independentemente da súa envergadura, como obras de interese xeral e, polo tanto, libéranse dos actos de control preventivo municipal do artigo 84.1 b) LRBRL. Non haberá, así, outra vía de control urbanístico que non sexa a tramitación de informe previsto no artigo 19.1 LPEMM; este informe refírese á acomodación das obras ó plan especial. ¿E que pasa se este plan non existe? Poderíase pensar que se prescinde desta tramitación de informe, o que non resulta aceptable.<sup>40</sup>

Cando os que promovan estas obras e instalacións no ámbito portuario sexan os titulares de concesión ou autorización, e a teor do artigo 54.3 LPEMM, sempre será necesaria a previa licenza municipal, sen ter en conta a entidade obxectiva da obra.<sup>41</sup>

Por último, debemos sinalar que tanto a autorización coma a concesión se poden outorgar aínda que non exista plan especial, sempre que non se opoñan ó Plan de utilización dos servizos portuarios.

De seguido, tivo lugar un pequeno *coloquio* no que se trataron diversos puntos:

Opínouse que a nova Lei de portos non establece intervención de control ningún da autoridade portuaria respecto das competencias urbanísticas municipais. O Sr. Calvo Rojas sostén que o control por vía de plan especial é máis que suficiente.

O relator anterior, Sr. Jiménez de Cisneros, refutou as ideas do Sr. Calvo Rojas, por alusións. O punto de partida do relatorio parécelle moi discutible, pois non entende a causa por que o sistema anterior era mellor e máis respectuoso coas competencias municipais, ou por que é preferible a planificación urbanística cá sectorial.

<sup>40</sup> Sempre cabe o cotexo respecto ó planeamento urbanístico xeral e á legalidade urbanística.

<sup>41</sup> Neste punto é recomendable atende-las consideracións de BOQUERA OLIVER en "A edificación nos portos", *Revista Española de Dereito Administrativo*, nº80, outubro/décembro de 1993.

Considera tamén que a inactividade municipal non pode paraliza-la actividade portuaria.

Por outra banda, expuxo que o plan de utilización nunca condiciona o ordenamento urbanístico, dado que se limita a ordena-los sectores.

Houbo tamén quen considerou que a solución non está en mans municipais, e sinalou que a degradación das nosas costas foi permitida precisamente por esa Administración. O relator discrepou pois consideraba que recoñecer que a Administración municipal obrou mal nalgúns casos, non lexitima para quitarlle o poder das súas competencias.

Preguntouse, así mesmo, sobre a constitucionalidade do sistema do informe vinculante. O relator respondeu que así o determinou o TC, pero que o feito de ser constitucional non supón a súa bondade.

Outras preguntas referíronse a quen aproba en última instancia o plan especial (Administración urbanística), quen aproba o plan especial que afecta a varios municipios (debería se-la Comunidade Autónoma pero o que se fai é reparti-lo plan), que ocorre cos portos de competencia autonómica se a Comunidade Autónoma non legisla sobre a materia (implicitamente acéptase a lexislación estatal), que opción ten o concello cando a delimitación da autoridade portuaria afecta a ámbitos que el tiña reservados a outra cousa (cabe recurso, pero é difícil logra-la anulación xurisdiccional do plan) ou se, para os efectos do artigo 19 da lei, abonda que a autoridade portuaria sexa promotora para considera-la obra de interese xeral, aínda que a execución quede noutras mans (tal e como está redactada a lei, parece que si).

■ A última intervención das xornadas quedou a cargo de D. Pablo García Manzano, maxistrado do Tribunal Supremo, quen desenvolveu o tema dos “Instrumentos de ordenación no ámbito portuario”.

O relator comezou por sinalar que, dada a contraposición de posturas entre as dúas exposicións precedentes, poderíase pensar que o seu papel agora se limitaría a dicitar sentenza, pero que persoalmente non se adscribía a ningunha postura senón que concordaba cun ou con outro relator segundo as cuestións.

É frecuente que as leis sectoriais se vexan sometidas a

xuízos de constitucionalidade; a Lei de portos ten na actualidade multitude de aspectos impugnados neste sentido, o que parece triste xa que o cidadán non sabe ata que punto debe seguir esta lei, dado que se ignora se se consolidarán as súas liñas fundamentais.

Atopámonos pois nunha fase embrionaria e faise preciso partir de que, respecto desta lei, non hai xuízo de constitucionalidade nin xurisprudencia suficiente aínda. A partir desta precisión e dunha sucinta análise da sentenza de Pamplona-Iberduero, na que se discutía a necesidade de licenza municipal para a central termonuclear (apoiándose en dictames do Consello de Estado, nos que non se distingue entre municipio e zonas distintas dentro do territorio español, dictaminouse a favor da necesidade de tal licenza), o Sr. García Manzano sinalou os tres puntos que ía desenvolver na súa exposición:

- O porto como obra pública de interese xeral.
- Construcción de novos portos e ampliación dos existentes.
- Portos existentes e planificación urbanística.

O porto como obra pública de interese xeral. Nesta cuestión subxace unha tensión entre as potestades do titular do dominio (neste caso público) e o titular das potestades administrativas. Non é tanto un problema de distribución de competencias de xestión; e as administracións urbanísticas non contraponen outro dominio senón un imperio, unha potestade.

Implícanse aquí tres conceptos fundamentais (segundo a Tomás Ramón Fernández): obra pública, dominio público e servizo público.

A LPEMM xustifica moitos puntos dentro do concepto de obra pública de interese xeral, do que derivan importantes consecuencias xurídicas se temos en conta o establecido polo Tribunal de Conflictos na Sentencia do 21 decembro de 1993; nesta afirmase que, fronte ás obras públicas de interese xeral, non cabe utiliza-lo interdicto de obra nova (parte do principio de intanxibilidade da obra pública); queda calquera outro interdicto, pero non haberá posible paralización da obra.

Construcción de novos portos e ampliación dos existentes. Esta cuestión desenvólvese nos artigos 20, 21 e 22 da nova lei. A súa regulación está deliberadamente des-

vinculada da Administración territorial; con isto determínase a localización e caracterización dos novos portos e da ampliación dos existentes.

É aceptable o proxecto técnico, pero xa é máis discutible que a urxencia para a expropiación a determine só o ministro de Obras Públicas e Transportes e non o Consello de Ministros (e non hai suficiente xustificación). Si hai intervención, vía informe, das administracións urbanísticas, pero isto non soluciona o problema.

Respecto do estudio do impacto ambiental, o relator considera acertado o seu carácter preceptivo na construción, pero parécelle moi relativizado na ampliación.

Portos existentes e planificación urbanística. Neste apartado merecen estudiarse dúas grandes cuestións: o Plan de utilización dos espazos portuarios e o Plan especial da zona de servicios.

O Plan de utilización dos espazos portuarios parece ter dúas funcións: non cre que sexa un deslindamento administrativo, se ben pode ter elementos disto, pero ten máis aspectos ordenadores ca delimitadores.

Respecto das chamadas “reservas” (artigo 15.1 da Lei de portos “... e os espazos de reserva que garantan...”), Peñalver equipáraas ás da Lei de costas e ás da Lei de reservas mineiras. Pero non se trata de reservas de zonas de dominio, senón de espazos para eventuais explotacións; unindo isto co apartado 3 do artigo 15 LPEMM, poderá habilitar expropiacións, e un deslindamento nunca pode lexitimar unha expropiación (naquel a declaración de utilidade pública aparece implícita).

Trátase dun instrumento materialmente urbanístico, incorpora a eventual necesidade de adquisición forzosa por vía expropiadora para determina-la zona de servicios; por isto non é plan urbanístico formalmente, pero si materialmente (coa posibilidade, ademais, de aplicación subsidiaria se non se aproba o plan especial).

Por outra banda, este plan de utilización condiciona o plan xeral e logo o plan especial. Débese partir de que o espazo portuario é un sistema xeral (e isto non é cuestionable, sería así aínda que a lei non o dixese). Algo distinto é a xustificación e alcance desa inclusión: moitos plans xerais clasifican o solo dos seus portos de diversa maneira. ¿O feito de ser sistema xeral impídelle ó autor

do plan xeral clasifica-lo solo? Cisneros di que si, porque os sistemas xerais xogan á marxe da clasificación do solo. Pero o artigo 9.2 LS utiliza a expresión “poderán non ser...”, co que habilita o autor da planificación para realizar esta clasificación.

E ademais non parece haber outro remedio que facer tal clasificación ó expropiar terreos privados (así o impón a LS, ós efectos de face-la valoración).

Respecto do Plan especial da zona de servizo, cabe preguntarse se pode ser elaborado de non existir plan xeral, partindo só do plan de utilización. Porque o relator sostén que este plan especial, en realidade, é un plan especial de infraestructuras de ordenación do territorio, que pode xurdir como desenvolvemento dun plan xeral ou *ex novo*.

Neste sentido, faise preciso acudir ó artigo 84.3 da LS, que foi máis lonxe, xa que a anterior Lei do solo só permitía o plan especial como desenvolvemento dun plan xeral.

O problema do plan especial é tanto de contido coma de elaboración.

De contido, porque só vén minimamente dado polo plan xeral (a delimitación parte do plan de utilización). A LPEMM imponse un contido predeterminado no artigo 55 e no 18.3.

De elaboración, porque a Administración urbanística introduce os seus termos, que poderán ser obstaculizados.

Cada lexislación sectorial apunta a un procedemento de elaboración de plans distinto, de forma que cada vez se fai preciso articular competencias diversas. E o relator pregúntase sobre o sentido desta realidade cando podería terse establecido un procedemento único.

Considera, ademais, criticable o feito de que a través da planificación urbanística desaparecesen zonas de servizo, cousa aceptada pola xurisprudencia.

Na súa opinión, o lexislador quixo atribuírle á autoridade portuaria exclusivamente a “formulación” do plan en sentido xurídico (como asunción da planificación). Nas mans da Administración urbanística competente quedaría a aprobación inicial e provisional (se é cometido da autoridade portuaria, o informe preceptivo carecería de

razón de ser). A aprobación definitiva correspóndelle ó organismo urbanístico competente, tralo informe da autoridade portuaria.

O informe establécese para que a autoridade se pronuncie “sobre os aspectos da súa competencia” (que non é outra cá de explotación portuaria). A súa función, pois, vén limitada a preserva-las determinacións do Plan de utilización; noutro campo, o informe non se debe inmiscir.

Se o informe é desfavorable, ábrese unha fase de consulta de seis meses trala que, de persisti-lo desacordo, o Consello de Ministros informa con carácter vinculante.

Faise preciso incorporar aquí un criterio xurisprudencial, o establecido na STS do 30 de setembro de 1992, respecto da necesidade do estudio do impacto ambiental como algo preceptivo.

Posteriormente, desenvolveuse un breve coloquio no que se falou da problemática da falta de cualificación do solo portuario; dos estudos de impacto ambiental, que parecen unha simple formalidade e materialmente baleiros; tamén se lle preguntou ó relator se non sería precisa unha norma de habilitación para que, de non haber plan de utilización nin plan especial, a autoridade portuaria poida outorgar unha concesión (considerou que sería razoable pero que o dominio público debe ter un tratamento distinto ó dominio privado; sería correcto, exceptuando algúns casos de urxencia); finalmente preguntouse pola posible defensa dun municipio ante un plan de utilización no que se desoísen os seus criterios, e a natureza, para os efectos de impugnación, dese plano de utilización –acto administrativo ou norma regulamentaria– (os plans urbanísticos son normas regulamentarias; se así se considera o plan de utilización, podería ser obxecto de impugnación directa ou indirecta; neste segundo caso, con ocasión de actos de aplicación, chegaríamos ó control de discrecionalidade e así, a través do control dos feitos determinantes, permitiríase a realización dunha ponderación de intereses).


D<sup>a</sup>. Marta García Pérez, profesora axudante de dereito administrativo na Universidade da Coruña, fixo unha valoración final do significado destas Xornadas de estudio sobre ordenamento urbanístico e a Lei de portos, das que foi coordinadora, sinalando tres aspectos:

■ A reflexión sobre as principais cuestións da lei: implicación porto-cidade, confluencia de administracións públicas, presenza da parcela de dominio público, os portos dentro do concepto de costas...

■ Exposición de teses contrapostas, dada a actualidade do tema e os múltiples intereses encontrados.

■ Determinación de novos elementos de estudo: a natureza xurídica dos plans de utilización, o significado da desafectación do artigo 49.4 da lei, a lexitimación da inxerencia estatal nas competencias urbanísticas derivada da tramitación e contido do plan especial...

Finalmente fixo alusión á idea de cooperación como esencial.

D. Xaime Rodríguez-Arana e D. Francisco López clausuraron as xornadas cunha breve intervención, na que quixeron manifesta-lo seu agradecemento tanto ós participantes coma ós organizadores das mesmas. 







**B**IBLIOGRAFÍA E  
**RECENSIONES**



*El derecho de acceso a los  
archivos y registros  
administrativos.  
(Análisis del artículo 105.b  
de la Constitución)*

Juan Francisco  
Mestre  
Delgado

Ed. Civitas, Madrid, 1993

**A** presente obra pretende determinar o alcance do artigo 105.b) da Constitución Española (CE), o significado e eficacia no ordenamento xurídico español do dereito de acceso dos cidadáns ós arquivos e rexistros administrativos, tendo en conta a ordenación que do mesmo realiza o dereito comparado así como o dereito comunitario europeo.

O capítulo primeiro introdúcenos no significado básico do dereito de acceso que, a xuízo do profesor Mestre Delgado, constitúe un reflexo do que se vén denominar “principio de transparencia administrativa”, principio que permite un control efectivo das administracións públicas, formando parte, en definitiva, do sistema de garantías que o ordenamento arbitra en favor dos administrados.

“Do segredo na actuación da Administración pública ó principio de transparencia administrativa” é a rúbrica do capítulo segundo. Nel expónse, dende unha perspectiva histórica-lexislativa, o lento evolucionar dunha primeira etapa onde eran escasas as posibilidades de acceder ó coñecemento dos documentos que constan nos arquivos e rexistros administrativos, ata o recoñecemento pleno e efectivo deste, hoxe, dereito constitucional. Foi no ámbito local decimonónico, dada a maior proximidade da Administración ós cidadáns, onde encontrámo-las primeiras manifestacións de publicidade na actuación administrativa, aínda que con importantes excepcións que condicionaban dun xeito relevante o principio de transparencia, tónica que se manterá na ordenación preconstitucional da materia.

Das normas dictadas con posterioridade á entrada en vigor da Constitución, destaca o profesor Mestre Delgado a aínda recente e polémica Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (LRX-PAC), que recolle unha regulación, en principio, de desenvolvemento do art. 105.b) da CE e que o autor considera, sen embargo, estreita e restrinxida en relación co marco que deseña a nosa norma suprema. Neste punto comparte a opinión do profesor Parada Vázquez, para quen a LRX-PAC, lonxe de regular un dereito á transparencia administrativa e informativa, un dereito dos cidadáns, como parece evidencia-lo citado precepto constitucional, contén un dereito que se cingue exclusivamente ós interesados e ós expedientes que lles atinxen.

Por outra banda, recóllese unha interesante referencia ás previsións do principio de transparencia no dereito comunitario europeo, o cal recoñece especialmente en materia de protección do medio ambiente, ó tempo que se precisa que non estamos ante previsións salpicadas de forma excepcional no ordenamento xurídico comunitario, senón, pola contra, ante un auténtico principio xeral daquel dereito.

Xa no capítulo terceiro, o autor recrea na cuestión da eficacia constitucional do dereito de acceso, é dicir, se o art. 105.b) da CE constitúe un precepto constitucional de aplicación directa e, polo tanto, non é necesario esperar a un posterior desenvolvemento legal para que sexa vinculante respecto dos poderes públicos.

A resposta non pode ser outra que afirmativa, establecéndose:

■ Que o art. 105.b) contén non só un mandato constitucional senón que, ademais, configura un auténtico dereito.

■ Que calquera situación dos poderes públicos debe dirixirse a favorece-la efectividade de dito dereito.

■ Que non constitúe unha decisión axustada ás esixencias constitucionais denega-lo acceso ós arquivos e ós rexistros administrativos, polo simple feito de que non exista un desenvolvemento do tantas veces repetido precepto constitucional.

De seguido, o capítulo cuarto aborda as relacións do dereito de acceso con outros dereitos constitucionais, en concreto con:

■ o dereito a participar nos asuntos públicos (art. 23.1 CE), particularizándose no dereito de acceso dos que exercen funcións públicas representativas;

■ o dereito a comunicar e recibir libremente información veraz (art. 20.1.d) CE), onde o profesor Mestre Delgado incardina o dereito a emitir informacións sobre os procesos xudiciais, dereito que ampara a liberdade dos informadores de acceder ós arquivos e rexistros administrativos, coadxuvando, en definitiva, á formación dunha opinión pública libre;

■ o dereito á honra (art. 18.1 CE), que se erixe como límite do dereito de acceso;

■ o dereito á tutela xudicial efectiva (art. 24.1 CE), respecto do que se establece que a súa vulneración pode vir causada pola denegación inmotivada do dereito de acceso.

O último e máis extenso capítulo da obra que nos ocupa versa sobre a delimitación constitucional do dereito de acceso ós arquivos e rexistros administrativos, afondando no estudio do seu réxime xurídico e contrastándoo co desenvolvemento operado nos ordenamentos xurídicos comparados.

Dende un punto de vista subxectivo afírmase a indiscutible eficacia deste dereito fronte a tódalas administracións públicas territoriais, así como tamén ante a Administración institucional e corporativa na medida que desenvolvan funcións de interese ou servizo público. Esta regra propia de ordenamentos como o francés ou o español confírmase dende a perspectiva do dereito comunitario europeo, onde destaca

a directiva do 7 de xuño de 1990, sobre liberdade de acceso á información en materia de medio ambiente, que determina que o dereito de acceso vincula a calquera administración pública a nivel nacional, rexional ou local que teña responsabilidades e posúa información relativa ó medio ambiente, coa excepción dos organismos que actúen no exercicio de poderes xudiciais ou lexislativos.

Por outra parte, trátase de delimita-lo ámbito obxectivo de aplicación do dereito de acceso, isto é, determinar que tipo de documentos que constan nos arquivos e rexistros administrativos quedan incluídos dentro de tal dereito. A directiva comunitaria do 7 de xuño de 1990 ofrece ó respecto un concepto amplo ó incluír calquera información dispoñible en forma escrita, visual, oral ou en forma de base de datos e establece os supostos nos que se poderá denegar unha solicitude de información, en especial cando aquela supoña a subministración de documentos ou de datos inconclusos ou de comunicacións internas, ou cando sexa manifestamente abusiva ou estea formulada de xeito demasiado xeral.

No ordenamento español, fronte o réxime propio do dereito francés, a Constitución ó recoñece-lo dereito de acceso non emprega a referencia á noción de “documentos administrativos”, circunstancia que xustifica o innecesario de facer unha delimitación do contido de tal concepto e o conveniente de afondar na noción de arquivos e rexistros administrativos. Deste modo, todo o que quede comprendido nos mesmos, salvando as limitacións que a Constitución impón, será susceptible de ser coñecido polos cidadáns.

Para estes efectos sacouse a colación o art. 37.1 da LRX-PAC, a teor do cal os cidadáns teñen dereito a accederen ós rexistros e ós documentos que, formando parte dun expediente, estean nos arquivos administrativos, calquera que sexa a forma de expresión, gráfica, sonora ou en imaxe, ou o tipo de soporte material en que figuren, sempre que tales expedientes correspondan a procedementos rematados na data de solicitude.

Completando a delimitación sobre o contido do dereito de acceso ós arquivos e rexistros administrativos, o profesor Mestre Delgado analiza o tema das materias constitucionalmente excluídas de tal dereito.

De conformidade co art. 105.b) da CE, o dereito de acceso non alcanza o que afecte á seguridade e defensa do Es-

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIONES

tado, á investigación dos delitos e á intimidade das persoas; sen embargo, considérase, de acordo coa doutrina do Tribunal Constitucional, que o dereito de acceso se limite pola eficacia doutros dereitos e bens constitucionalmente protexidos.

Para o autor non é difícil convir na pertinencia institucional da excepción que a Constitución sinala en relación coa seguridade e defensa do Estado e ó tempo que recolle exemplos do dereito francés e italiano, destaca a xa citada directiva comunitaria sobre medio ambiente, que considera a posibilidade de que os estados membros establezan disposicións que lles permitan denegar o dereito de acceso á información cando esta afecte á confidencialidade das deliberacións das autoridades públicas, das relacións internacionais e de defensa nacional e á seguridade pública.

O límite constitucional derivado da investigación dos delitos xustifícase, por unha banda, en facilita-la investigación dos feitos delictuosos e por outra, en protexe-lo mantemento da intimidade ou honra dos cidadáns, que constitúe igualmente un límite constitucional do dereito de acceso. Esta idea confírmase no desenvolvemento constitucional feito polo art. 37.5.c) da LRX-PAC, cando declara que o dereito de acceso non poderá ser exercido respecto dos expedientes tramitados para a investigación dos delitos, cando puidese poñerse en perigo a protección dos dereitos e liberdades de terceiros ou as necesidades das pescudas que se estean a realizar.

Respecto do último suposto que a Constitución establece, o relativo á intimidade das persoas, a LRX-PAC distingue entre o acceso a documentos que conteñan datos referentes á intimidade das persoas, onde a lei lles reserva a titularidade do dereito ós suxeitos afectados, e aqueles de carácter nominativo que, sen incluír outros datos pertencentes á intimidade das persoas, figuren nos procedementos de aplicación do dereito –agás os que teñan carácter sancionador ou disciplinario– onde tamén se lexítima os terceiros que acrediten un interese lexítimo e directo.

Segundo o autor, a nova lei non extrae tódalas consecuencias axeitadas ó dereito de acceso. As regras legais poderían completarse nun dobre sentido: primeiro, establecendo a obriga da Administración titular ou xestora do arquivo de comunicarlles ós cidadáns afectados os datos inexactos ou incompletos que existan naquel para os efectos da súa co-



rrección e non só, como figura na lei, a posibilidade do cidadán de esixir tales feitos e segundo, facendo unha clara delimitación dos supostos de choque entre o dereito de acceso e o dereito á intimidade, dándolles entrada ós casos nos que sexa posible deslinda-lo contido dos datos e a identificación do cidadán afectado, facilitando, en consecuencia, o dereito de acceso sen menoscabo da protección da intimidade.

Sobre as limitacións que recolle a CE, o art. 37.5 da LRX-PAC engade que o dereito de acceso tampouco se poderá exercer respecto dos expedientes que conteñan información sobre as actuacións do Goberno do Estado ou das comunidades autónomas no exercicio das súas competencias constitucionais non suxeitas a dereito administrativo, os relativos ás materias protexidas polo segredo comercial ou industrial e os relativos a actuacións administrativas derivadas da política monetaria.

O primeiro suposto supón a exclusión dos denominados actos políticos de goberno, que a xuízo do autor resulta correcta xa que tales actos son alleos ó ámbito do "administrativo" que é o adxectivo que o art. 105.b) da CE lles engade ós conceptos de "arquivos e rexistros", e por iso sería difícil constatar que os mesmos se integrasen nun rexistro ou nun arquivo administrativo.

O terceiro suposto de exclusión, actuacións administrativas derivadas da política monetaria, xustifícase tamén porque estamos en presenza dunha clase específica de actos políticos do goberno, a quen formalmente lle corresponde a definición da dita política.

Finalmente, os expedientes relativos a materias protexidas polo segredo comercial ou industrial quedan fóra, así mesmo, do dereito de acceso xa que, como sinala o profesor Mestre Delgado, é lóxico que aconteza tal situación respecto daqueles datos que se inscriben en rexistros públicos creados baixo a regra de preserva-lo segredo dos mesmos, se ben a limitación só debe afectarlle á aquela información amparada polo segredo.

A obra que se comenta analiza, finalmente, outros tres importantes aspectos do dereito de acceso ós arquivos e rexistros administrativos: suxeitos titulares do dereito de acceso, modalidades de acceso e control xurisdiccional.

Os suxeitos titulares do dereito de acceso son, de conformidade co art. 105.b) da CE, os cidadáns. Respecto desta

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIONES


cuestión o autor fai dúas precisións: por unha banda, o concepto "cidadán" non debe excluír do dereito de acceso as persoas xurídicas, especialmente as administracións públicas, dada a relevancia que aquel dereito pode ter nas relacións interadministrativas e por outro lado, e dende o punto de vista xurisdiccional, o exercicio do dereito do art. 105.b) da CE presenta un réxime peculiar de lexitimación activa fronte ó xeral recoñecido na Lei reguladora de xurisdicción contencioso-administrativa.

Inicialmente, o Tribunal Supremo, partindo do presuposto de inaplicabilidade do art. 105.b) ata o seu desenvolvemento normativo correspondente, entendía que non se podían modificar os criterios imperantes de lexitimación activa, de modo que era en todo caso necesario para o exercicio do dereito acreditar un interese específico. Hoxe, sen embargo, hai que concluír que estamos ante un dereito constitucionalmente recoñecido, polo que non é preciso probar ningún interese engadido e non lle é aplicable ó seu exercicio as limitacións que derivan dos criterios de lexitimación activa establecidos na nosa lexislación. A lexitimación deriva directamente da norma con carácter xeral para tódalas persoas, sen maiores esixencias.

Respecto das modalidades de acceso, sinálase que o dereito obxecto de análise se pode instrumentar mediante a obtención de copias ou certificacións ou mediante o acceso directo ó documento en cuestión. Así mesmo, destácase a oportunidade de que a normativa de desenvolvemento do dereito de acceso considerase o seu carácter gratuíto pois, noutro caso, estaríase establecendo unha limitación ó dereito. Só debería de exceptuarse desta regra os supostos nos que a modalidade de acceso pretendida esixa o libramento de copias ou certificacións para remitirlle, no seu caso, ó titular do dereito.

Finalmente, polo que se refire ó control xurisdiccional do dereito de acceso, o autor sinala que, sen lugar a dúbidas, as resolucións producidas con motivo do exercicio daquel dereito son plenamente revisables pola xurisdicción contencioso-administrativa, tanto en supostos de simple denegación da petición, por silencio ou iloxicamente, como de denegación con base na concorrencia dalgunha causa de exclusión.

Así mesmo, e tomando como exemplo a "Comisión francesa de acceso ós documentos administrativos", considérase

se a utilidade do establecemento en España dun órgano especializado en materia de dereito de acceso, órgano administrativo independente que actuaría con carácter previo á xurisdicción e que impulsaría con eficacia o desenvolvemento constitucional do referido dereito. Neste sentido, destácase a “Axencia de Protección de Datos” creada pola Lei 5/1992, do 29 de outubro, de regulación do tratamento automatizado dos datos de carácter persoal, e que se define como un ente de dereito público con personalidade xurídica propia e plena capacidade, que actúa con independencia das administracións públicas no exercicio das súas funcións de velar polo cumprimento da lexislación sobre protección de datos e de control da súa aplicación, en especial no relativo ós dereitos de información, acceso, rectificación e cancelación de datos. 

Margarita Prado Vaamonde

Bolseira

## *El ejemplo constitucional de Inglaterra*

**Antonio Carlos  
Pereira  
Menaut**

**Servicio de publicaciones** de la Facultad de Derecho de  
la Universidad Complutense de Madrid, 1992, 318 páginas

**P**robablemente en máis dunha oportunidade abraiámonos das “rarezas” dos ingleses, e moitas veces falamos de Inglaterra cando nos queremos referir a Gran Bretaña ou ó Reino Unido. E é que verdadeiramente resulta difícil comprender que unha sociedade non estea organizada como Estado (polo menos, non no sentido europeo continental), que careza de Constitución escrita, e que á súa Coroa lle garden fidelidade non só os ingleses, senón mesmo nacionais de países independentes. Se ó anterior lle agregamos a súa estraña afección ó té e a súa manía de conducir pola esquerda, o asombro e a incompreensión resultan xustificadas.

Pero non resultaría xustificada seguir a manter esa actitude despois de le-lo libro do profesor Pereira Menaut, que motiva este comentario. Trátase dun texto de fácil lectura, gra-

cias á súa estrutura esquemática e á sinxela linguaxe utilizada polo autor. Consta de dez capítulos, precedidos por un prólogo (a cargo do profesor Bernard Crick), a presentación do autor e dos listados de sentencias e de leis citadas ó longo do libro.

Gran Bretaña carece de Constitución formal, pois non conta cun texto xurídico que leve ese nome. A súa Constitución é unha curiosa mestura de institucións do dereito anglosaxón: *common law*, *statute law*, *equity*, costumes, usos e convencións. Ó seu desenvolvemento e explicación está dedicado o capítulo primeiro, no que ademais o autor fai un repaso das principais características da Constitución británica. Entre aquelas quizais a máis particular é o seu carácter histórico, cuestión á que o profesor Pereira Menaut lle dedica o capítulo terceiro. Porque “esta Constitución non é soamente unha realidade histórica, como o son todas, senón que é historia (en parte), pois está formada por anacos de historia...” (p. 47).

Para os que nacemos en sociedades estatelistas, os capítulos segundo e cuarto son de especial interese, xa que normalmente imaxinamos que o Estado é a única forma que pode adoptar unha comunidade política. Por iso resulta sorprendente comprobar que o Reino Unido non é un Estado (como o demostra o autor no capítulo segundo), senón unha organización política baseada en vínculos de lealdade persoal entre súbdito e monarca. O capítulo cuarto non fai máis que ratificar esta realidade, ó analiza-la dimensión territorial do réxime político británico. Só se se asume aquela conclusión é posible comprender que Isabel II sexa reina do Canadá, Australia e Nova Zelanda (por exemplo), a pesar de que os tres son países independentes.

Os capítulos quinto e sexto estánlle dedicados ó Parlamento, unha das institucións máis emblemáticas de Inglaterra, e o sétimo ó poder executivo. O Parlamento é outro invento inglés, e en teoría, desde a *Glorius Revolution* de 1688, todas as institucións británicas están nas súas mans. As súas leis poderían derrogar todo o dereito, así como derrogar ou modifica-la Constitución. Por iso se di que o Parlamento é soberano. Pero como salienta o autor, a expresión soberanía non se debe entender no seu sentido bodiniano ou hobbesiano. Ela reflicte máis ben “un sentido de supremacía dun órgano constitucional sobre os demais, ou de monopolio

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIONES

da produción de leis (non de toda produción xurídica)" (p. 136). E en canto ó capítulo sétimo, o autor abócase nel á análise do poder executivo, para o cal distingue catro apartados: a Coroa, o Consello Privado da Raíña, o Goberno de Gabinete e o primeiro ministro.

Da esencia do espírito constitucional resulta a idea de somete-lo poder ó dereito, reflectida na expresión inglesa *Rule of Law*, á que o autor lle dedica o capítulo oitavo. A diferenza doutras institucións constitucionais, esta non é de orixe británica, pois era unha idea común en todo o mundo cristián medieval. Sen embargo, como salienta o autor, só Inglaterra "aguantou o embate do absolutismo, e incluso resultou fortalecida" (p. 210).

O éxito da resistencia de Inglaterra ó absolutismo débese en grande medida á actitude do Parlamento e particularmente dos xuíces e dos tribunais, a quen lles está dedicado o capítulo noveno. O poder xudicial é quizais a clave para a eficacia do *Rule of Law*, pois, como sinala o autor, dos tribunais depende a suxeición do poder ó dereito. Aquilo leva o profesor Pereira Menaut a cuestionarse acerca das bondades da lei e da sentenza xudicial, e a se é mellor vivir baixo xuíces con ampla discreción ou moi suxeitos á lei. Trátase dun tema polémico, a solución do cal depende da particular concepción que cada un ten sobre o dereito; e a do autor é clara: o dereito non é só lei. Máis aínda, o dereito é cuestión máis de *auctoritas* que de *potestas*.


Por último, o capítulo décimo trata das liberdades dos ingleses, que como case tódalas cuestións do constitucionalismo inglés, resulta peculiar. A pesar dos numerosos documentos que sobre dereitos e liberdades produciu a historia inglesa, a Constitución carece dunha táboa de dereitos. Non existe no Reino Unido un listado de dereitos que estea sobre a lei ordinaria (aínda cando isto é discutible desde o asinamento polo Reino Unido do Convenio Europeo de Dereitos Humanos, e da súa incorporación á comunidade Económica Europea). Pero esta situación non é motivo de alarma para os ingleses, xa que "en Inglaterra a liberdade persoal dáse por suposta e é anterior á Constitución; é dicir, ás partes escritas da mesma" (p. 260). Nesta parte, o autor dános conta de cales son as fontes das liberdades inglesas (*Common Law*, lexislación de Westminster e interpretación de ambas polos xuíces).

Máis alá de todo o anterior, o verdadeiro atractivo do libro radica en que o profesor Pereira Menaut, valéndose do estudio da estrutura político-xurídica inglesa, nos revela a súa propia visión do dereito e da política; e faino con habilidade e brillantez. Aquela admirable estrutura non é produto de teorías (como di o autor, Inglaterra non é o país das teorías), senón consecuencia dunha serie de factores, a interacción dos cales ó longo do tempo dá orixe ó movemento constitucional. O acordo sobre o fundamental, a moralidade, o sentido común, a racionalidade, a idiosincrasia e a pura casualidade, son os elementos que orixinaron practicamente tódalas máis importantes institucións do constitucionalismo. A Constitución (tanto a flexible coma a ríxida e a escrita), o imperio do dereito, a separación de poderes, o parlamentarismo, a monarquía constitucional, os partidos políticos e o control xudicial, foron inventados polos ingleses. Que o autor nos aclare ou lembre todo isto é de agradecer. Máis aínda no ámbito do dereito constitucional, no que ás veces, demasiado atraídos polas teorías (que non é que non teñan importancia), perdemos de vista que o constitucionalismo non naceu onte, e que o dereito é fundamentalmente algo práctico.

Pero Inglaterra cambiou e está en crise. Todos aqueles factores que durante séculos contribuíron á formación e ó mantemento dun modelo político-xurídico exemplar, son hoxe obxecto de cuestionamento. O profesor Pereira Menaut describe as causas que ó seu xuízo conduciron a Inglaterra a esta crise. Entre elas destaca o crecente proceso de legalización, o cambio experimentado na estrutura e funcionamento dos partidos políticos, o xurdimento do Estado do benestar e a ruptura do acordo sobre o fundamental. E detrás de todas estas causas, máis ou menos inmediatas, atópase outra, quizais a máis importante, que consiste nunha crise de moralidade. Como destaca o autor, en Inglaterra a política, a moral e o dereito nunca foron entendidas como cuestións absolutamente illadas. Máis aínda, a moral sempre se entendeu como fundamento do dereito, segundo sostén Lord Denning, un dos máis influentes xuíces do Reino Unido (hoxe xubilado), citado polo autor. O cuestionamento e debilitamento dunha moral aceptada comunmente por todos é, en último termo, a causa da actual crise de Inglaterra e das súas institucións.

Como sinala o profesor Bernard Crick no prólogo do li-

## **D**IBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

bro: “Velaquí un libro que delineou a Constitución británica tan destra, delicada e reflexivamente que calquera que o lea aprenderá del”. Pero a súa lectura non só resulta recomendable por estas razóns, pois o libro é o reflexo dunha concepción da política e do dereito coa que se poderá ou non estar de acordo, pero que resulta indispensable coñecer. 

**José Ignacio Martínez Estay**

Terceiro ciclo. Dereito constitucional.  
Universidade de Santiago de Compostela





*Aspectos procesales de la  
tutela jurisdiccional  
contencioso-administrativa de  
los derechos fundamentales*

José Francisco  
López-Font  
Márquez

Ed. Comares, Granada, 1993

○ libro, que prologa o catedrático de dereito administrativo da Universidade de Granada Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, é un profundo estudio da xurisprudencia do Tribunal Supremo xurdida do establecemento na Lei 62/1978, do 26 de novembro, dunha vía especial contencioso-administrativa para garanti-los dereitos fundamentais. Con esta lei, e en concreto os seus arts. 6 a 10, regúlase polo tanto non só a garantía contencioso-administrativa no campo da protección dos dereitos fundamentais dos cidadáns mediante unha canle urxente e sumaria, senón que tamén se introducen singularidades no procedemento contencioso-administrativo común.

O proceso regulado pola Lei 62/1978 cualifícase, en suma, de excepcional, sumario e urgente para facer máis inmediata a tutela xudicial dos dereitos fundamentais que garante, deixando que o particular poida elixi-la outra vía máis lenta, a ordinaria prevista na Lei reguladora da xurisdicción contencioso-administrativa de 1956, para a protección dos demais dereitos e intereses lexítimos.

O autor, profesor de dereito administrativo da Universidade de Granada, desenvolve o traballo en seis capítulos, que distribuímos en dúas partes. Son as seguintes:

Na primeira parte distinguimos tres apartados:

**a.** Un primeiro sobre o ámbito obxectivo do recurso especial que tratamos, no que manifesta que a xurisprudencia di que aquel se limita a protexer tódolos dereitos e liberdades contidas nos arts. 14 ó 29 e 30.2 (no relativo á obxección de conciencia) da Constitución, maila impugnación das sancións en materia de orde pública<sup>1</sup>.

Disto resulta –sinala o autor– que un mesmo acto da Administración poderá xulgarse baixo dous prismas diversos, o xeral da súa legalidade formal ou material, que considera o art. 1 da Lei xurisdiccional do contencioso-administrativo, e o especial da violación dos dereitos fundamentais da persoa humana garantidos pola Constitución, que regula a LPXDF.

Polo demais, das sentencias do TS o profesor di que se deduce que este non considera que a invocación ós arts. 103 e 9 da Constitución poida fundamentar un recurso especial como o da Lei 62/1978, pois a tutela efectiva dos tribunais do art. 24.2 CE obtense mediante o contencioso-administrativo ordinario, no que se poderá apelar a aqueles preceptos, os cales non poden invocarse para acudir a este proceso especial, dentro do que non se examinará a adecuación ou non adecuación ó ordenamento xurídico, senón só se o acto ou a disposición que se impugna infrinxe ou discrimina un dereito fundamental constitucionalmente protexido.

**b.** O seguinte apartado trata da lexitimación e do obxecto impugnabile deste recurso especial da LPXDF.

■ Respecto da primeira cuestión, o autor afirma que a xurisprudencia se inclina por non acepta-la tese da invocación á tutela especial da LPXDF por calquera persoa que invoque a violación de dereitos fundamentais propios ou alleos, porque a Lei xurisdiccional de 1956 non admite unha lexitimación xeral como tampouco o fai a Lei 62/1978; senón que

<sup>1</sup> Isto con base nos arts. 1 e 6 da Lei 62/1978, en relación coa disposición transitoria 2, parágrafo 2, da Lei 2/1979, do Tribunal Constitucional e art. 53.2 da Constitución.

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIONES

o alto tribunal manifesta que para que prospere a demanda se deberá invoca-la infracción dun dereito fundamental e, ademais, xustificala razoablemente, concretando o xeito en que se infrinxiu e por que actos da Administración.

■ Polo que se refire ós actos administrativos impugnables neste proceso especial, o TS inclúe tanto os actos definitivos coma os actos trámite, xa que no caso destes últimos, entende que poden negarlle ou impedirle ó administrado o exercicio duns dereitos fundamentais e causarlle deste xeito unha lesión de maior intensidade có acto que remate o procedemento, co que o administrado quedaría indefenso e sen obter unha tutela xudicial real e efectiva como demanda o art. 24 CE.

O autor tamén analiza neste punto sentencias nas que consideran como susceptibles de impugnación por esta vía especial tanto os actos tácitos coma as actuacións materiais da Administración, e é precisamente en relación con estas últimas onde aquel considera que este proceso gaña o seu maior significado de garantía básica.

□ E no terceiro apartado analiza o contido das sentencias emitidas nesta vía especial contencioso-administrativa verbo dos efectos que as mesmas producen, amosándonos as posicións enfrontadas que existen no TS xa que, nalgunhas ocasións, só se recolle nos fallos xudiciais a pretensión de anula-lo acto en caso de que se conculque un dereito fundamental e, noutras, úneselle ademais á aquela o feito que se restableza a situación xurídica individualizada coa correspondente indemnización de danos e prexuízos.

Xa na segunda parte, F. López-Font fala da suspensión da executividade do acto administrativo impugnado que introduciu a Lei 62/1978, a cal cambiou substancialmente o tratamento recibido polo lexislador da suspensión da eficacia das resolucións administrativas, pois cando se impugnan actos ou disposicións ó seu abeiro, a norma xeral non é, como ocorre no contencioso ordinario, a executividade, senón a da súa suspensión, que deberá acordala o tribunal agás que se xustifique a existencia ou posibilidade de prexuízo grave para o interese xeral. A xurisprudencia engade, sen embargo que constitúe unha excepción a esa regra da suspensión a repercusión directa do acto administrativo para o que se solicita aquela nos dereitos de terceiros, xa que é de interese xeral evita-los prexuízos que se lles irrogaría. Son, pois, os dous


conceptos de interese público e prexuízos os que, harmonizados, determinarán a procedencia ou improcedencia da suspensión.

Tendo en conta o anteriormente dito, o profesor examina algúns supostos de suspensión procedente e improcedente:

■ Aмосa, en primeiro lugar, como suspensión procedente, entre outros, aquela que impide a constitución defectuosa dos órganos de goberno de entidades tales como as caixas de aforro, xa que isto xeraría prexuízos para o interese público derivados da posible adopción de acordos sobre a propia xestión da mesma ou de terceiros con ela relacionados.

■ Tamén recolle, en segundo lugar, como suspensión improcedente, a que se pide respecto dun auto que ordena a execución dunha sentenza que, pola súa vez, confirma unha sanción disciplinaria imposta pola Administración, porque aceptar tal petición suporía un prexuízo grave para o interese xeral, dado que un funcionario suspendido temporalmente nas súas funcións, en virtude dunha sentenza xudicial, seguiría no desempeño das ditas funcións, o que lle afectaría ó normal desenvolvemento da función pública.

Por último, debemos sinalar que este libro non só é interesante polas citas que nel se fan das numerosas sentencias sobre a materia, senón tamén necesario para poder dispor dunha sistematización desa copiosa xurisprudencia e, así mesmo, útil para os xuíces, avogados e investigadores en xeral.

En definitiva, o proceso tutelar e de garantía recollido na Lei 62/1978 podemos xustificalo pola especialísima natureza dos dereitos en xogo e por constituír, no dito terreo, o soporte e fundamento básico da posición institucional dos cidadáns ante os poderes públicos. 

Francisco Javier Cancela Rodríguez

Bolseiro

*El control de la  
discrecionalidad del  
planeamiento urbanístico*

Javier  
Delgado  
Barrio

Ed. Civitas, Madrid, 1993

**A** obra que se comenta constitúe un detido estudio monográfico sobre o que no campo da xurisprudencia é o control do planeamento urbanístico por parte dos cidadáns, das comunidades autónomas e, en último termo, dos tribunais de xustiza. Pártese da definición da potestade de planeamento como unha potestade administrativa discrecional que, como tal, participa dos límites propios da discrecionalidade administrativa, límites que teñen unha especial importancia no eido do urbanismo tanto para os cidadáns como para o interese público, insistindo na necesidade de motivación das decisións urbanísticas e na técnica de control da discrecionalidade polos principios xerais do dereito.

Recóllese a máis nova doutrina xurisprudencial, facendo o autor unha doada e intelixible interpretación da mesma como é propio da súa condición de maxistrado do Tribunal Supremo.

Para o autor, os cometidos que a lexislación vixente lle outorga ó plan amosan, claramente, primeiro, o seu carácter de elemento central do dereito urbanístico, segundo, a imposibilidade de que foran cumpridos por unha lexislación xeral e abstracta, absolutamente inadecuada para traza-lo destino de millóns de parcelas de terreo, polo que resulta necesario o complemento que lle dá o planeamento e, por último, a súa profunda discrecionalidade: á hora de elixilos obxectivos e concretar sobre o terreo as determinacións que o plan conterà, son moitas e variadas as posibles solucións, elección que se producirá con criterios extraxurídicos.

En calquera caso, o urbanismo é, no esencial, un capítulo do dereito administrativo, de onde deriva que os seus problemas se resolverán coa aplicación dos principios e técnicas da dita disciplina. En consecuencia, cómpre sinalar:

- Que non existen actos discrecionais en bloque: en toda decisión administrativa, por intensa que sexa a súa discrecionalidade, hai sempre e necesariamente elementos regrados, como son a competencia, o procedemento e, moi destacadamente, o fin.
- Que é imprescindible delimita-lo ámbito propio da discrecionalidade, separándoo dos chamados conceptos xurídicos indeterminados.
- Que ó estar sometida a Administración pública sempre ó ordenamento xurídico, aínda cando actúa cunha potestade discrecional, tense que admitir un control de discrecionalidade polos principios xerais do dereito que, sen dúbida, forman parte daquel ordenamento.

Ademais dos límites derivados da súa condición de potestade administrativa, a potestade de planeamento atopa limitacións expresas na lexislación: por unha banda, establécense criterios materiais de ordenación dirixidos á Administración, os denominados estándares urbanísticos e, por outra, contén tamén a lei, normas de directa aplicación que operan con ou sen planeamento. A estes límites pódeseles engadi-lo que deriva da definición con rango legal, do solo urbano e o que emana do carácter regrado da licenza urbanística. Así mesmo, afírmase a inexistencia de límites que pui-

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIONES

desen derivar dos dereitos dos propietarios, nados dunha ordenación anterior ou dun convenio coa Administración.

A xurisprudencia vén destacando o carácter regrado da licenza urbanística nos seguintes termos: a licenza é de natureza rigorosamente regrada, constitúe un acto debido, en canto que necesariamente "se debe" outorgar ou rexeitar, segundo a actuación pretendida se adapte ou non á ordenación aplicable. No momento da elaboración do planeamento, o límite de discrecionalidade que deriva do carácter regrado da licenza esixe un certo nivel de concreción na redacción do plan e, consecuentemente, a anulación das determinacións que non o alcancen. No momento da aplicación do planeamento, de resolver sobre a petición dunha licenza, ante normas redactadas sen a necesaria precisión, o Tribunal Supremo, excluindo sempre unha discrecionalidade neste punto, acode a unha interpretación sistemática do plan que teña en conta o que do seu conxunto deriva para atopalos obxectivos que aplicarlle á instancia.

Por outra banda, a propia natureza normativa do planeamento e a súa finalidade de establecer unha ordenación máis axeitada ás esixencias do interese xeral, xustifican plenamente o *ius variandi* que neste ámbito se lle recoñece á Administración, de xeito que os dereitos dos particulares non poden impedirla modificación ou alteración do planeamento, sen prexuízo de que, de se-lo caso, haxa lugar á procedente indemnización. Así o recoñece a xurisprudencia en abondosas sentencias, coincidindo co novo texto refundido da Lei do réxime do solo e ordenación urbana, aprobado polo Real decreto legislativo 1/1992, do 26 de xuño (T. R. en adelante) que por un lado, regula a modificación e revisión do planeamento (art. 125 e ss.) e por outro, establece un réxime xurídico detallado das indemnizacións procedentes (art. 237 e ss.).

Como xa adiantamos, o autor destaca a importancia da motivación das decisións discrecionais do planeamento como instrumento de defensa para evitar que o resultado da discrecionalidade sexa unha arbitrariedade. Como ten declarado o Tribunal Supremo "a actuación dunha potestade discrecional lexítimase explicitando as razóns que determinan a decisión, con criterios de racionalidade" (S. do 11 de xuño de 1991).

Da intensidade da motivación no ámbito do planeamen-



to procede a excepcional importancia da memoria que forma parte do contido documental do plan. O art. 38.1 do Regulamento do planeamento urbanístico vén sinalar que a memoria “analizará” as distintas alternativas posibles e “xustificará” o modelo elixido, as determinacións de carácter xeral e as correspondentes ós distintos tipos e categorías de solo.

A xurisprudencia vén aseverando que a profunda discrecionalidade do planeamento explica a necesidade esencial da memoria como elemento fundamental para evita-la arbitrariedade, ó mesmo tempo que vén esixindo a motivación, non só en canto á formulación inicial do plan senón tamén respecto das modificacións introducidas no curso da súa tramitación. Así mesmo, considérase a memoria como contexto dominante para o resto da documentación do plan, de xeito que á hora de interpretalo e supera-las súas contradicións prevalecerá o sentido que deriva da mesma.

O control do planeamento urbanístico analízase desde unha triple perspectiva: o control cidadán, o control polas comunidades autónomas e o control xurisdiccional.

Sinala o autor que a relevancia do plan para o desenvolvemento da convivencia reclama unha lexitimación democrática para o modelo territorial elixido, de xeito que é necesario ofrecerlle unha canle á intervención dos cidadáns, estimulando a formación dun hábito participativo que representaría un importante control da discrecionalidade do planeamento.

A participación cidadá opera en dous momentos diferentes e sucesivos: durante a formulación e tramitación do planeamento (art. 4.4 do T.R.) e unha vez vixente o plan mediante a acción pública (art. 304. do T.R.).

A intervención dos cidadáns na fase de elaboración dos plans contribúe claramente a dotalos de lexitimidade democrática, participación que se produce a través do trámite de información pública e que, segundo a xurisprudencia, tense que reiterar sempre que haxa modificacións substanciais do plan inicialmente adoptado. As ditas modificacións, que ordinariamente lles afectarán ós aspectos discrecionais e non ós regrados do plan, teñen que implicar unha alteración profunda do modelo anteriormente trazado, é dicir, alterar seriamente a estrutura fundamental e orgánica da ordenación do territorio.

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIONES

O principio de participación cidadá non se esgota na fase da elaboración do planeamento senón que tamén, unha vez aprobado e publicado o plan, segue a proporcionarlle oportunidades ós cidadáns para provoca-lo control xurisdiccional do plan en virtude da acción pública, carácter público que supón a supresión de toda esixencia de especial lexitimación, de xeito que calquera cidadán pode impugna-lo plan unha vez producida a súa publicación.

O Tribunal Supremo vén interpretando con clara amplitude o obxecto da acción pública no campo do urbanismo, nun dobre sentido: primeiro, a natureza normativa do planeamento determina a posibilidade de que a acción pública alcance non só a impugnación directa do plan senón tamén a indirecta, que deriva do art. 39 da Lei reguladora da xurisdicción contenciosa-administrativa e, segundo, a impugnación indirecta acadaría o conxunto de heteroxéneos contidos do plan, é dicir, tanto aqueles que son froito de potestades de auténtica natureza regulamentaria –normas relativas á utilización do solo– coma as que se traducen na execución de obras públicas de urbanización. E aínda se podería engadir que a xurisprudencia admite tamén a impugnación indirecta dos acordos de suspensión do outorgamento de licencias, en virtude da súa conexión co planeamento.

Outro obxectivo da obra é aclarar-lo contido do control desenvolvido polas comunidades autónomas sobre o planeamento urbanístico municipal. Pois ben, en principio, a ordenación urbanística do territorio municipal parece unha competencia estritamente local; sen embargo, tendo en conta que a dita ordenación pode afectar a intereses supralocais, é obrigado defini-la potestade de planeamento coma unha potestade de titularidade compartida polo municipio e pola respectiva Comunidade Autónoma. Consecuentemente, o chamado control autonómico é, en realidade, a actuación dunha competencia compartida que se desenvolve nun momento posterior á decisión municipal en razón da predominancia dos intereses supralocais.

O Tribunal Supremo distingue entre o obxecto do control autonómico e os criterios do dito control. O obxecto sobre o que recae o control será o plan en tódolos seus aspectos, tanto regrados como discrecionais. Os criterios de control derivan da Constitución tal e como a interpreta o Tribunal Constitucional, que pon especial énfase no mantemento do principio de autonomía municipal; admitido o criterio de le-

galidade, o de oportunidade será viable cando a decisión afecte a intereses supralocais. En resumo, co criterio de legalidade a Comunidade Autónoma pode controlar tanto os aspectos regrados como discrecionais do plan municipal, en tanto que co criterio de oportunidade pode controla-las determinacións discrecionais que teñan transcendencia para intereses superiores ós locais.

Finalmente, o maxistrado D. Xavier Delgado Barrio expón dun xeito sinxelo e rigoroso as liñas fundamentais da xurisprudencia no tema do control da discrecionalidade do planeamento urbanístico e que resumimos da forma que segue:

**1.** Plena aplicación das técnicas xerais do dereito administrativo, a través do control dos feitos determinantes e mediante o axuizamento da actividade discrecional á luz dos principios xerais do dereito, entre os que destaca o da interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos.

**2.** O fundamento da viabilidade do control polos principios xerais do dereito radica na propia Constitución ó proclamar no seu art. 103.1 o sometemento pleno da Administración á lei e ó dereito e no propio principio de legalidade, entendido como vínculo positivo da Administración ó dereito, na medida que toda potestade administrativa está atribuída explícita ou implicitamente por unha norma habilitadora e xa que esta está informada polos principios xerais do dereito é claro que o exercicio da potestade atribuída pola norma estará sometida ós principios que a vivifican. De todo iso deriva que o control polos principios xerais do dereito é un control de legalidade.


Vén incidindo, ademais, a xurisprudencia en que o control xurisdiccional non pode entrar na avaliación da oportunidade da decisión, noutras palabras, a non inxerencia xurisdiccional no núcleo de oportunidade que integra o contido esencial da discrecionalidade.

**3.** Destácase a importancia do principio de interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos do art. 9.3 da Constitución, que aspira a evitar que se traspasen os límites racionais da discrecionalidade e que esta se converta en fonte de decisións que non resulten xustificadas. Da racionalidade na actuación administrativa emana unha necesidade de coherencia no desenvolvemento dos criterios de planificación, e posto que se presume que as regras xerais do plan obedecen a un desingnio racional, afastarse del supón unha inco-

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIONES

herencia se tal desviación non aparece apoiada polas esixencias urbanísticas da realidade. Ademais, esta racionalidade do planeamento non opera só para evita-la lesión do cidadán senón tamén para evitarlle atrancos á boa e recta Administración.

Xa para rematar, sinálase que o principio de efectividade da tutela xudicial (art. 24 da Constitución) xunto á actual concepción do carácter revisor da xurisdicción contencioso-administrativa, conducen a afirma-la xenérica posibilidade de que o xuíz, ademais de anular algunha determinación do plan impugnado, poida substituí-la Administración dictando un novo pronunciamento que substitúa a decisión daquela.

Convén precisar, non obstante, que a substitución é posible no suposto de actuacións regradas, pero no ámbito das potestades discrecionais non sempre é viable. Se son posibles varias solucións, todas elas lícitas e razoables, unicamente a Administración, actuando á súa potestade discrecional do planeamento, poderá decidir ó respecto; pola contra, os tribunais terán que sinala-la nova cualificación se as liñas do planeamento levan a unha solución que se imponha xa por razóns de coherencia, porque así o reclama o principio de tutela xudicial efectiva. 

Margarita Prado Vaamonde

Bolseira



*O sistema político galego:  
as institucións*

Xosé Vilas Nogueira, Ramón Máiz Suárez,  
Francisco Caamaño Domínguez,  
Xosé Manuel Rivera Otero

Edicións Xerais, Vigo, 1994

**A**queles que, como quen isto escribe, estamos iniciados nos arcanos da economía política e fomos instruídos nesta iniciación coas obras de Pigou e Coase, gústanos falar de feitos externos, ou sexa dos efectos non directamente buscados dunha actividade.

A creación da facultade de Ciencias Políticas e Sociais da Universidade de Santiago, en 1991, tiña como obxectivo, basicamente, por unha banda, o de fornecer de cadros políticos e administrativos ben cualificados a Administración autonómica galega, e por outra, o de crear un centro de estudio e de reflexión, do que Galicia carecía, sobre as dimensións política e administrativa da sociedade actual.

Pero a creación desta facultade trouxo consigo efectos externos de tipo positivo, non buscados directamente, derivados de interaccións positivas. En efecto a facultade de Políticas conseguiu reunir nun mesmo centro un equipo de profesionais que ata o momento viñan realizando o seu traballo por separado ou mantendo colaboracións esporádicas. Configurouse así un excelente grupo de traballo dedicado ó estudio da problemática política e social, un grupo de traballo nesta disciplina, co que Galicia non contara nunca antes.

O primeiro froito do traballo deste grupo é o libro ó que nos imos referir, que constitúe unha moi boa aproximación global ó estudio do sistema político galego<sup>1</sup>.

Dúas van se-las razóns polas que un economista dedicado ó estudio da Administración pública, como é o meu caso, se atreva a facer unha recensión dun libro escrito por expertos en ciencia política e dereito constitucional. A primeira é a de considerarme como integrante do público-obxectivo ó que vai dirixido o libro. Son, efectivamente, un estudante universitario que precisa dun instrumento de traballo, completo e actualizado para coñece-las institucións do sistema político galego, como se afirma no prólogo. A segunda razón que me lexitima é a de contar cuns incipientes coñecementos en ciencia política (Buchanan afirma nun apéndice do seu libro *O cálculo do consenso* que os economistas posúen uns coñecementos mínimos de ciencia política e el cre non desmerecer dos súa especie).

O libro constitúe, en efecto, unha eficaz ferramenta para o coñecemento das institucións autonómicas galegas e constituirá, sen dúbida, unha obra de referencia académica, pois o seu rigor científico é indubidable, e práctica, como manual para opositores e para estudantes.

A obra está claramente estruturada en tres partes, non sendo difícil para o lector informado investiga-la autoría ou autorías de cada unha delas (abonda con coñece-la obra anterior dos autores). Pero para respecta-la vontade dos autores de facer unha obra colectiva, vou deixar permanecer na intriga o resto dos lectores, non revelando a contribución específica de cada autor.

A primeira parte consiste nun sólido repaso ó camiño percorrido, desde dentro e desde fóra do galeguismo, na procura dunha formulación institucional e organizativa para Galicia.

<sup>1</sup> Algúns dos autores xa abordaran con anterioridade a problemática do estudio das institucións galegas. Vilas Nogueira abordou o tema cunha perspectiva histórica, referida ó Estatuto do 36, co seu excelente *O Estatuto Galego*, ed. do Rueiro, A Coruña, 1975. Ramón Máiz e Xosé A. Portero fixeran tamén unha moi boa aproximación ás institucións galegas actuais, co seu *As institucións políticas no Estatuto de autonomía para Galicia*, Parlamento de Galicia, Santiago de Compostela, 1988.

Outras aproximacións de interese son as compilacións de dereito estatutario de Rodríguez-Arana, [*Estudios sobre o estatuto galego*, EGAP, Santiago, 1991] e de Carro Fernández-Valmayor [*Comentarios al Estatuto de autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, MAP, Madrid, 1991].

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIONES

Repásanse, así, con detalle os distintos anteproxectos e proxectos de Estatuto ou de bases para Galicia, ata chegar ó Estatuto actualmente en vigor que é estudado con especial dedicación. Incídese especialmente nesta parte, nas ideas rectoras deste proceso, sen descoida-lo achegamento ás persoas que fixeron posible que Galicia conte hoxe en día cunhas institucións propias para o seu autogoberno.

Nesta primeira parte faise tamén unha rigorosa delimitación conceptual dos conceptos de nacionalidade, autonomía e Estatuto que son sen dúbida conceptos claves no sistema político-institucional galego.

A segunda parte do libro refírese á dimensión normativa do sistema político galego. Esta é a parte mais extensa do libro. Análzase, en primeiro lugar, a lexislación electoral, incluíndo unha reflexión sobre as últimas modificacións electorais como as incompatibilidades, a barreira do 5% e a actualización das subvencións electorais.

De seguido, os autores fan un extenso estudo sobre o Parlamento de Galicia. Comeza este estudo cunha valoración do significado e da importancia do Parlamento como órgano estatutario.

Séguese cunha referencia á autonomía parlamentaria, centrándose, a continuación, nunha profunda análise dos sucesos parlamentarios, é dicir, parlamentarios e grupos, abordando un tema de crucial importancia, tan de moda hoxe en día co fenómeno do transfuguismo, como é o do carácter do mandato parlamentario.

Tras unha descrición das funcións dos órganos do Parlamento pásase a estudar as funcións do Parlamento, distinguindo tres funcións, que son analizadas en detalle. A primeira, a función lexislativa, é descomposta para o seu estudo nos distintos procedementos lexislativos que poden ser usados, distinguindo entre procedementos ordinarios e procedementos especiais. A segunda función é a de controla-lo Goberno; aquí estúdiense os instrumentos cos que conta o Parlamento para levar a cabo esta tarefa. A terceira función estudada é a da designación de membros doutros órganos estatutarios ou constitucionais, en concreto o Valedor do Pobo e os senadores que representan a Comunidade Autónoma.

Conclúe o libro cun estudo sobre a Xunta de Galicia dividido en dúas partes, a primeira dedicada ó presidente da





## *La reinención del Gobierno*

**David Osborne, Ted Gaebler**

Ed. Paidós, Barcelona, 1994

**A** literatura sobre a cuestión da reforma administrativa, que constitúe por méritos propios unha disciplina solidamente asentada dentro das ciencias administrativas, está sendo cuestionar, co inicio da década dos noventa, os enfoques que viña mantendo durante os oitenta.

Nos oitenta producíronse grandes reformas nas administracións occidentais. Foi a época dourada das privatizacións en Europa, especialmente na Gran Bretaña do thatcherismo, e do apoxeo das desregulacións nos Estados Unidos de Reagan e Bush.

A maior parte das publicacións sobre reforma administrativa apoiaban estas medidas e clamaban por un retroceso das fronteiras do Estado. Buscábase a amputación, no sector público, dos membros gangrenados pola ineficacia e polo dispendio e a súa reimplantación no sector privado, que sería quen de curalos e facelos revivir de novo.

Os noventa van deixar de lado moitas destas formulacións. Se nos oitenta o cambio proviña de Europa, máis concretamente do Reino Unido, o cambio nos noventa vai vir dos Estados Unidos de Bill Clinton.

Estes cambios reflectíronse rapidamente na literatura, sendo boa proba diso o informe do *National Performance Review*<sup>1</sup>, recentemente traducido ó español, e o libro que describimos aquí, tamén moi recentemente traducido.

Estes cambios, esta reinvención do goberno, xa non van na liña de amputa-lo sector público, senón de facerlle rebaixa-las graxas (usando palabras de Osborne e Gaebler) para ter un sector público máis forte e menos esclerótico. O Estado non debe, seguindo con expresións dos autores, asumir as funcións de remeiro da nave, senón as de temoneiro da mesma. O Estado deberá ser forte, ter capacidade de control e fiscalización, e non cederlle ó sector privado a xestión de moitos servizos públicos que polas súas características lle deben pertencer ó dominio público. Isto non vai obstar para que a xestión pública non adopte fórmulas de xestión menos ríxidas e incorpore nesta, influencias do espírito empresarial.

Neste contexto de transformacións do ámbito do público e para impulsar estas tendencias, aparece este libro, chamado a ser, se facemos caso dos criterios de David J. Houston<sup>2</sup>, un dos grandes libros en Administración da década dos noventa. É este un libro que está despertando unha enorme expectación tanto no mundo académico como no mundo dos xestores públicos, o que probablemente sexa debido a que os seus autores son un académico, David Osborne, e un xestor público, Ted Gaebler.

O libro consiste, a grandes trazos, nunha recompilación de experiencias levadas a cabo en administracións públicas norteamericanas e que demostran o enorme potencial de mellora que estas poden ter cunha nova xestión pública.

Comeza o libro cunha, para min, afortunada expresión que é a de que ó bo empresario non lle gusta, contrariamente ó que se pensa, o risco, senón que o que busca son boas oportunidades de negocio co menor risco posible.

O libro está dividido, ademais da introducción e de dous apéndices, en dez capítulos e unha conclusión. Cada capítulo describe unha das dimensións que conforman este novo modelo de funcionamento do Estado que se propugna e

<sup>1</sup> Vid. vicepresidente Al Gore (Informe do *National Performance Review*), "Crear una Administración pública que funcione mejor y cueste menos", *IVAP*, Oñati, 1994.

É digna de ser salientada a relativa celeridade coa que foron traducidos estes libros, celeridade á que non estamos afeitos por estas terras.

Nesta liña é tamén de interese un artigo recén publicado:

Al Gore, "The New Job of the Federal Executive" en *Public Administration Review*, vol. 54, nº 4, xullo/agosto 1994, pp. 317-321.

<sup>2</sup> Vid. David J. Houston, "Search for identity: The impact of the «Great Books» in Public Administration" en *International Journal of Public Administration*, vol. 16, nº 5, 1993, pp. 747-780.

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIONES

acompaña a descrición con numerosos exemplos tomados de experiencias norteamericanas.

Así falamos dun goberno catalizador, ou sexa que se dedique a leva-lo temón e non a remar, dun goberno competitivo, dun goberno dirixido cara ós resultados e inspirado nos clientes, nun goberno descentralizado, previsor e orientado ó mercado, entre outras dimensións.


Un dos aspectos, para min, máis interesantes do libro é a consideración de que o culpable, nunha esmagadora maioría dos casos (os autores cuantificana nun 85%), do mal funcionamento da Administración son os obsoletos sistemas de funcionamento, sendo os erros derivados do mal desempeño dos funcionarios só un 15%.

A influencia das teorías do TQM (*Total Quality Management*) é neste aspecto moi palpable.

Outro aspecto que eu destacaría é que os autores non caen no tópico de atribuírle as supostas deficiencias intrínsecas ó sector público, ó mal funcionamento da Administración, considerando que o mal está no sistema de funcionamento, non na titularidade do servicio. Fan un listado (*vid. pp. 460-466*) das funcións que son mellor desempeñadas polo sector público, daquelas que son desenvoltas mellor polo sector privado e das que son mellor xestionadas polo sector terciario ou por organizacións sen ánimo de lucro. Para os autores, a privatización vai ser unha solución máis, que non hai que desbotar, pero non "a solución".

O libro non se pode considerar de carácter científico, mais tampouco carece de rigor e transcende a mera recompilación de datos, hai un fondo prescritivo detrás, unha tentativa de renovar en profundidade a Administración, de introducir valores posmateriais (no sentido que lle dá Inglehart).

A obxección que eu lle faría ó libro é a de que considera en exclusiva experiencias norteamericanas, que son moi dificilmente extrapolables a realidades administrativas moito máis suxeitas cá americana ó principio de legalidade e ás regras de procedemento. E difícil, por exemplo, implantar en Europa os criterios flexibles de relación dos funcionarios que imperan nunha Administración, como a americana, que consideraba ata hai relativamente poucos anos os postos de funcionario como un botín para o partido gañador, o *Spoil System*, e que é moito menos rixida no seu funcionamento cá media das europeas.

Para concluír, recomendárle-la lectura deste libro, por unha banda, a tódolos xestores públicos, pois, a pesar da non posible extrapolación de moitas experiencias, van atopar unha obra que lles amosa moitos exemplos de bo desempeño na Administración e que seguro que lles fai aguza-lo enxeño na procura dunha maior racionalidade no funcionamento das súas organizacións. Por outra banda, recomendárle-lo ós estudiosos da materia, e ós lectores en xeral, porque este libro é un dos precursores dunha nova era na consideración da Administración e está chamado a ser, con total seguridade, como xa dixen antes, un dos “grandes libros en Administración” dos noventa. 

**Miguel Anxo Bastos Boubeta**

Dolseiro da EGAP

## *Normas para a presentación de orixinais*

1. Os traballos serán orixinais non publicados total ou parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecanografadas a dobre espacio nunha soa cara e numeradas, incluíndo de se-lo caso e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folla á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Inclúiranse co título do artigo catro ou cinco descritores polos que se poida clasifica-lo artigo.
6. Baixo o título colocarase o nome do autor ou autores, incluíndose ó pé da páxina a profesión ou cargo principal co que desexan ser presentados.
7. O traballo irá precedido obrigatoriamente dun sumario ou resumo inferior a 150 palabras, sobre o contido e conclusións, sen notas ó pé. Acompañaranse á versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recolleranse ó final do manuscrito en folla á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situaranse ó final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:  
**Libros:**  
AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.  
**Artigos:**  
AUTOR (ano): Título do artigo, en título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.  
Nos casos de máis de un traballo do mesmo autor e ano, a este engadíraselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).  
As citas, nas notas de páxina, remitiranse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.
12. Se se utilizan abreviaturas ou siglas (organismo, revistas, etcétera), incluírase o seu listado detrás da bibliografía.
13. Achegarase o enderezo postal e teléfono dos autores e a data de remisión do orixinal.
14. Os traballos asinados expresan a opinión dos autores e son da súa exclusiva responsabilidade, a tódolos efectos.
15. Os autores comprométese a corrixilas probas de imprenta nun prazo de sete días, entendéndose que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:  
**Revista Galega de Administración Pública**  
EGAP. Fontiñas, s/n  
15703 Santiago de Compostela.  
Galicia. España.





CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA  
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ESCOLA GALEGA  
DE ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA