

# REGAP

REVISTA GALEGA  
DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Número **14**





**ESCOLA GALEGA DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**REGAP**

---

REGAP: Revista Galega de Administración Pública.- N.º 0 (1992) - .-  
Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 1992-  
v.; 24 cm.

ISSN:1132-8371

Depósito legal: C. 1.596-91



© 1991, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Edita: ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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

15703 Santiago de Compostela

Tel.: (981) 54 60 40 / Telefax: (981) 54 63 37

Traducción e supervisión lingüística: Teresa Pastor Novo

M<sup>o</sup> Carme Pérez Picallo

Deseño Gráfico: Uqui  CEBRA

Imprime: Gráficas Sementeira, S.A.

Chan de Maroñas - Obre. Noia (A Coruña)

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuadrimestral.

Solicitude de subscricións á Editorial Galaxia.

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

REVISTA GALEGA DE  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

# REGAP

Setembro - Decembro  
1996

14

---



## **D**IRECTOR

**Domingo Bello Janeiro**

Director da EGAP

## **S**ECRETARÍA TÉCNICA

**José Luis Mínguez Goyanes**

Corpo Superior de Administración  
da Xunta de Galicia

## **C**ONSELLO

**Francisco Javier Castiñeira Izquierdo**

Secretario de Administración local

**Juan Luís Castro Somoza**

Avogado do Estado

**José Ramón Cólera Leirado**

Letrado maior do Parlamento de Galicia

**Andrés Faiña Medín**

Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña

**Alejandro Fernández Barreiro**

Decano da facultade de Dereito 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 do Consello Consultivo de Galicia

**Ramón García-Malvar y Mariño**

Fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

**José M<sup>o</sup> Gómez y Díaz-Castroverde**

Conselleiro do Consello Consultivo de Galicia

**Pablo González Mariñas**

Profesor titular de dereito administrativo da  
Universidade de Santiago

**Vicente González Radío**

Profesor titular de socioloxía da Universidade da Coruña

**José Guerrero Zaplana**

Maxistrado do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

**José Carlos López Corral**

Letrado da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia

**Fernando José Lorenzo Merino**

Catedrático de dereito civil da Universidade de Vigo

**Jesús Martínez Girón**

Catedrático de dereito do traballo da Universidade da Coruña

**Carlos Otero Díaz**

Conselleiro 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 Universidade Nacional de  
Educación a Distancia

**Luís Rodríguez-Ennes**

Decano da facultade de Dereito de Ourense

**Juan Rodríguez Yuste**

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

**José Rojo Salgado**

Director xeral de Xustiza e Interior

**Antonio Romero Lorenzo**

Maxistrado xuíz decano de Vigo

**Francisco José Serna Gómez**

Secretario xeral de Caixa Ourense

**Luís Ramón Sotelo López**

Corpo de Xestión de Administración da Xunta de Galicia

**Javier Suárez García**

Director xeral da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia

**José Ramón Vázquez Sandes**

Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

**Jesús Vázquez San Luis**

Interventor do Consello de Contas de Galicia

**José Vilas Nogueira**

Catedrático de ciencia política e da administración  
da Universidade de Santiago

**Perfecto Yebra Martul-Ortega**

Catedrático de dereito financeiro da  
Universidade de Santiago





# Sumario

## ESTUDIOS

José Luis Meilán Gil	O Estatuto de autonomía quince anos despois. ....	13
Jesús González Pérez	Ética en la Administración Pública. ....	27
Domingo Bello Janeiro	Valoración global da Lei 29/1994, de arrendamentos urbanos. ....	47
José Vilas Nogueira	O gasto público como condicionante de estratexias políticas globais. ....	85
Almudena Fernández Carballal	Descentralización do urbanismo e autonomía local a raíz da Constitución: A propósito da potestade autonómica de suspensión e revisión dos acordos das entidades locais. ....	107

## NOTAS E COMENTARIOS

Eduardo Roca Roca	Los subdelegados del Gobierno y la nueva organización territorial de las provincias en España. ....	145
Ángel Rodríguez Blanco	A nova Lei de contratos das administracións públicas e a súa incidencia no modelo de xestión do gasto público. ....	159
Carlos A. Gómez Otero	O persoal de Administración e servicios das universidades galegas e o ámbito de aplicación da Lei da función pública galega. ....	179
Enrique Calvete Pérez	O crédito local: regulación xurídica, carga financeira, procedementos e modalidades. ....	193

## XURISPRUDENCIA

José Guerrero Zaplana	Ficheiro de sentencias. ....	217
-----------------------	------------------------------	-----

## CRÓNICA PARLAMENTARIA

- 251 \_\_\_\_\_ Os grupos parlamentarios no dereito  
\_\_\_\_\_parlamentario galego. Xosé Antonio Sarmiento Méndez

## CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- 265 \_\_\_\_\_ Crónica da xornada de estudio sobre presente  
\_\_\_\_\_ e futuro do Estado de benestar. Paloma González Cuevas
- 285 \_\_\_\_\_ Crónica do acto en conmemoración  
\_\_\_\_\_ do Día das letras galegas 1996. Paloma González Cuevas
- 289 \_\_\_\_\_ Crónica das xornadas de estudio  
\_\_\_\_\_ sobre austeridade no gasto público. Enrique J. Varela Álvarez

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- 311 \_\_\_\_\_ *Xurisdicción ordinaria e Tribunal Constitucional*  
\_\_\_\_\_ **Ramón Punset et al.**  
\_\_\_\_\_ Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1996. José Mº Rebolledo Varela
- 315 \_\_\_\_\_ *O informe PICQ.*  
\_\_\_\_\_ Estudio introductorio de  
\_\_\_\_\_ **José Manuel Canales Aliende e**  
\_\_\_\_\_ **José Manuel Rodríguez Álvarez**  
\_\_\_\_\_ Santiago de Compostela, EGAP, 1996. Alfonso Jurado Moreda
- 319 \_\_\_\_\_ *Practical Public Management*  
\_\_\_\_\_ **Robert T. Golembiewski**  
\_\_\_\_\_ Marcel Dekker Inc., Nova York, 1995. Miguel Anxo Bastos Boubeta





## O Estatuto de autonomía quinze anos despois\*

Rector da Universidade  
da Coruña.  
Catedrático de dereito  
administrativo

José Luis Meilán Gil

### 1. Introducción

Hai cinco anos a EGAP invitoume a participar nas "I Xornadas sobre o Estatuto de Galicia" con motivo dos dez anos de vixencia do mesmo. Entón felicitei os organizadores por aquela iniciativa e expreséille-lo desexo de que tivesen continuidade en sucesivas edicións. Novamente fun invitado a participar nas agora VI xornadas e reitero o agradecemento e a felicitación.

O título da intervención de agora varía só no número de anos do Estatuto, que xa suma tres lustros. Desde as primeiras xornadas o Estatuto non foi reformado. ¿Que puido cambiar para ofrecer unha exposición diferente?

Desde o meu punto de vista tres son os horizontes que podemos axexar para descubri-los posibles cambios:

- a. ¿Como variou o contexto no que o Estatuto opera?
- b. ¿Que valor ten o Estatuto de Galicia nese contexto?
- c. ¿En que medida se desenvolveu o Estatuto?

\* Conferencia pronunciada na Coruña o 23 de abril de 1996 dentro da "VI Xornada sobre o Estatuto de autonomía de Galicia", organizada pola EGAP.

A última das cuestións enumeradas é de doado reconto e susceptible dunha cualificación predominantemente interna á Comunidade Autónoma. As outras dúas necesariamente proxectan a súa valoración cara ó resto de España e requiren como punto de comparación ineludible cá era o contexto político-constitucional no momento en que se aprobou o Estatuto e a significación deste entón e agora.

A apelación ó tempo é, por isto, esencial. E aínda que os elementos que constitúen a paisaxe permanezan –o Estatuto de Galicia na metáfora– a luz, as estacións do ano e a visión de quen os contempla fan que a paisaxe resulte diferente. Qué permanece e qué cambiou e qué significado podemos atribuírlles a esas dúas calidades é o que me propoño desenvolver.

O transcurso do tempo proporciñalles ás persoas un distanciamento respecto dos sucesos que viviron, amortece o apaixonamento e, en principio, fai máis doado o xuízo sereno, concentrado no esencial e liberado de ganga circunstancial. Por iso, a quince anos da entrada en vigor do Estatuto de Galicia, as apreciacións que hoxe faga desexo que teñan esa ecuanimidade e que desde ela se interpreten. Proceden do que foi protagonista dalgúns feitos que considera, con algunha preocupación, os que estamos vivindo e, de ningún modo, quería que fosen entendidas como elementos dunha contenda política, da que me encontro alleo por razóns institucionais coñecidas.

Tódalas persoas, por suposto as públicas, teñen dereito a cambiar, e ha de ser respectado sen reticencias este dereito; pero a historia non tolera que se enfeiten *a posteriori* os acontecementos. Ha de ser contada como foi, baseada en feitos, aínda que sexan susceptibles de interpretacións diversas.

## 2. O contexto histórico-político do Estatuto galego

A case vinte anos de Constitución e máis de quince de autonomías pode que nos pareza natural e ata sinxela a estrutura do Estado que, sen embargo, se cualifica de composto.

Quizais, por isto, non sexa innecesario lembra-lo concreto contexto histórico-político no que se elaborou e se aprobou o Estatuto galego. Para maior ampliación remítome a dous libros: *El Estatuto gallego. Por fin unha terra nosa* (1980) e *La ordenación jurídica de las autonomías* (1988). O primeiro aborda con detalle o proceso e o contido da xestión e aprobación do Estatuto. Ningunha manifestación nin publicación posterior obrigou a rectificar ningún aspecto esencial do que alí se escribiu. O se-

gundo analiza con método xurídico o fenómeno autonómico desde a perspectiva do que denominei lectura constituínte da Constitución.

A variedade de concepcións existentes nos diferentes partidos políticos, e aínda no interior dos mesmos, sobre o múltiplo termo de "autonomía", maniféstanse nos debates constituíntes, do que quedou constancia oficial. "Unos hablan desde una perspectiva federal, otros desde una concepción equivalente a una fórmula confederal o desde el Estado regional a la italiana o sencillamente desde una más o menos pudibunda descentralización administrativa" (*La ordenación jurídica de las autonomías*, páx. 12).

Este caleidoscopio de posturas xunto á convicción común de que era preciso abordar esta cuestión pendente sobre a que incidía a experiencia interrompida en 1936 agudizaba a inseguridade sobre cómo se resolvería, que se proxectaba dun modo preocupante sobre UCD.

A primeira tendencia foi a que interpretou Clavero Arévalo e queda reflectida no primeiro anteproxecto que contiña unha regulación homoxénea do que nel se denominaba "territorios autónomos". A segunda é a que se contén na Constitución, definida polas notas de: carácter dispositivo da autonomía, como dereito, teito único e gradualidade temporal expresada nas vías dos artigos 143 e 150 e disposición transitoria 2ª, pluralismo (art. 144 e disposicións adicionais 1ª e 5ª e transitorias 2ª e 4ª), prohibición de privilexios e afirmación de solidariedade.

Tiven oportunidade de defende-las liñas mestras do proxecto constitucional perante o Pleno do Congreso dos Deputados (sesión do 18 de xullo de 1978), que expresaban con fidelidade o espírito e a lectura do que despois se aprobou.

Constatee por escrito cál foi a mente dos redactores deses artigos (*La ordenación ...*, páx. 26-28) que diferían do borrador inicial: supoñían unha regulación inicialmente plena das cuestións vasca e catalana, coa compañía de Galicia, ó abeiro dun precedente interrompido en 1936; a presentación non discriminatoria dese feito respecto das demais partes de España; recoñecemento da vía do artigo 143 como o procedemento común e enfrontamento gradual do fenómeno, con apertura ó contencioso de Xibraltar e a calquera eventualidade futura. De aí que o acceso inicial á autonomía máxima estivese previsto na disposición transitoria 2ª e no artigo 151.1 pero con tales dificultades neste último caso, que se esperaba que ningunha comunidade as lograse superar. Segundo testemuño de Martín Villa, "el artículo 151 se creó exclusivamente para dar una salida política a las autonomías vasca,



catalana e gallega. Pero se interpretó que podría servir para todas ellas" (*La ordenación ...*, páx. 26).

A primeira aplicación fíxose cos estatutos do País Vasco e de Cataluña. E non foi casual esta elaboración parella nin tampouco estivo movida exclusivamente pola importancia histórica e apremiante das realidades a que se referían. Foi no sen dúbida; pero asemade isto sería o deseño que se trazara oficial e oficiosamente desde o poder e desde a oposición. O citados estatutos constituían unha solución que se diferenciaría das seguintes, que encabezaría o Estatuto de Galicia.

Esta tese obedecía á convicción dalgúns de que as autonomías políticas, no seu pleno sentido, só se podían concibir para "comunidades ricas", e en xeral á vontade de non estender máis aló do imprescindible a plenitude do fenómeno autonómico, unha vez que se descartase a xeneralidade inicial ou a formulación federal.

Que o Estatuto de Galicia ía influír no proceso autonómico xeral reconécese na intervención do socialista Alfonso Guerra na primeira aprobación do Estatuto ó dicir que "trasciende a outros procesos autonómicos ... que trasciende a la política general del país" (*cfr. El Estatuto ...*, páx. 149). Á pregunta que o mesmo deputado se facía –¿que vai pasar nos próximos estatutos de autonomía?–, respondeu entón Martín Villa: "que poden se-la orixe dun proceso de racionalidade que a todos nos importa", e despois respondeu a LOAPA e a xeneralización autonómica acordada polo goberno de Calvo Sotelo co PSOE, con Martín Villa como ministro responsable de Administración territorial.

Pechada a "xaneliña" para Galicia, onde UCD tiña ampla maioría, resultaría doado impedir que se tentase a vía do artigo 151.1 para calquera outra Comunidade, e en primeiro termo para Andalucía, onde os intereses electorais do PSOE eran grandes.

Esta tese encóntrase reconecida polos testemuños de Martín Villa no seu libro *Al servicio del Estado* (1984), Emilio Attard en *Vida y muerte de UCD* (1984) e no de Leopoldo Calvo Sotelo *Memoria viva de la transición* (1990), que inequivocamente se manifesta a prol de dous grupos de autonomías, o primeiro dos cales estaría composto por Cataluña e País Vasco. Galicia iniciaría o pelotón dos estatutos "racionalizados":

"Pensaba yo entonces que una ordenación así tendría que ser grata a las Autonomías históricas vasca y catalana, a cuyos Estatutos no podría legalmente afectar: el hecho de que los demás se negociaran dentro de un marco común no haría sino destacar la singularidad de los primeros, fruto de una negociación *exenta*, y conduciría a una España Autónoma *de dos velocidades*, como catalanes y vascos deseaban" (páxs. 109-110).

Como é sabido, os feitos sucederon de diferente maneira e despois do inconstitucional referendo andaluz e da inconstitucional LOAPA xeneralizouse o proceso autonómico.

O deseño constituínte marcado por unha aposta cara á gradualidade que descansaba, ademais no carácter dispositivo da autonomía como dereito, quedou evidentemente desdebuxado, senón desnaturalizado, e chegou a falar de “desconstitucionalidade fáctica”.

Pero non é isto o que quero subliñar senón lembra-lo contexto político no que se elaborou o Estatuto. A disposición transitoria segunda da Constitución que tiven a honra de presentar no Congreso dos Deputados acolle a Galicia xunto ó País Vasco e Cataluña. Sen a apelación á historia, e sen o precedente da Constitución de 1931, non sería posible. Pero os testemuños antes citados evidencian que non era algo natural. Os que participamos activamente no momento constituínte fomos conscientes da nosa responsabilidade e creo que, erros á parte, estivemos fundamentalmente á altura da historia.

A mesma conclusión hai que sacar do Estatuto finalmente aprobado. Reléanse os *Diarios de Sesións*. Malia presións e afaños –pao e cenoria– polos que hai uns meses me pediu espontaneamente perdón o ex-ministro Pérez Llorca, o Estatuto de Galicia saíu pola mesma canle cós anteriores vasco e catalán. No libro publicado pola EGAP que recolle as intervencións con motivo do décimo aniversario do Estatuto galego deu máis datos.

Todo o esforzo, desde o Goberno de Suárez primeiro, de Calvo Sotelo despois, coa conivencia do PSOE, era que unha lei orgánica das Cortes Xerais aprobase o Estatuto galego, proposta defendida polo representante de Alianza Popular, José Luis Barreiro, nas conversas que remataron no Pacto do Hostal, no que se redactou o proxecto definitivo de Estatuto.

¿Cambiou o contexto político nestes quince anos? A resposta entendo que debe ser afirmativa. No momento constituínte, o que estivo en xogo foi o recoñecemento do dereito de Galicia á autonomía plena desde o primeiro momento. Así se conseguiu. Colocámonos en lugar preferente.

Coa xeneralización do proceso autonómico e a igualación das competencias como obxectivo político inmediato, aquel recoñecemento perde valor relativo. A formulación carga agora o acento no económico –que non afecta ó País Vasco nin a Navarra– e a asuntos nos que CIU quere acentualo “feito diferencial”. E é que a igualdade de competencias entre tódalas CCAA nunca será total por varias razóns: porque existen diferencias –lingua propia, costas– que non existen en tódalas CCAA; por-

que non todas senten as mesmas necesidades, aínda que haxa unha igualdade formal, por exemplo a Policía, que se explica por razóns históricas. E é que no Estatuto existe unha parte que é *singular* -aínda que haxa coincidencia con outros- e outra que é simplemente *singularizada*, por razón de división territorial.

Hoxe de novo volve falarse de Cataluña e País Vasco, como singularidades, como se pretendeu ó elabora-los primeiros estatutos de autonomía e como se pretendeu coa LOAPA. A referencia constitucional da disposición transitoria segunda corre o risco de perde-la súa virtualidade e de quedar reducida a unha reliquia histórica.

### 3. O significado do Estatuto

Recorrentemente, aínda que cada vez con menor intensidade afortunadamente, fálase da imperfección técnica do título VIII da Constitución, aínda que se eloxie como operación política. Menos mal. Certamente conseguir un consenso nun tempo curtísimo sobre un asunto tan complicado e tan lastrado de historia foi un éxito, do que nos xactamos cantos participamos na súa consecución.

Afortunadamente empezan tamén a aparecer solventes testemuños positivos sobre o título VIII, desde o punto de vista técnico, en torno ó que, como recoñece o profesor López Guerra, se produciu entre a aprobación da Constitución e 1981 “a xeneralización dunha posición crítica que hoxe se revela inxusta e inxustificada”.

Tamén de cando en vez resucita o federalismo, como unha proposta máis progresiva á que se debería tender para resolver problemas de igualdade. Se se deixa a un lado, que baixo a mesma etiqueta se gorecen experiencias moi diversas, esquécese con frecuencia que as formas xurídicas non se poden impoñer artificialmente. A realidade, da que forma parte a historia, manda. Sen ela non se entende a cuestión catalana, nin o problema vasco, nin Gran Bretaña, nin o que acontece na antiga Iugoslavia, nin espero esa realidade entrañable que chamamos Galicia, que non xurdiu do Estatuto.

Un dos argumentos máis sólidos para soste que o Estado español non é un Estado federal é a existencia dos estatutos. Estes xunto á Constitución forman o “bloque constitucional”. A Constitución adoptou un sistema deliberadamente aberto –que entendo positivo– para ser pechado polos estatutos. Son estes, como subliñou o profesor Rubio Llorente, os que especifican as competencias de cada Comunidade Autónoma e “é, en conse-

cuencia, o conxunto dos estatutos e non só a Constitución, o que define, ó limitalo, o poder das institucións centrais do Estado”.

Desde a perspectiva dun estatuto, como o catalán ou o vasco –por qué non o galego–, a defensa da fórmula federal, como estrutura, en calquera das súas versións supón, ó meu xuízo, un empobrecemento relativo da importancia da Comunidade Autónoma no conxunto. Así se entende a metáfora de Quebec en boca do Honorable Pujol e, por suposto, a posición do PNV, que se poderían considerar, máis ben, como confederais.

E é que por moi aseada teoricamente que se presente a Constitución, esta responde a unha realidade inefable; no noso caso o seu suxeito é o “enigma histórico” que chamamos España. Sen unha aproximación realista á Constitución –e a algúns estatutos de autonomía– non é posible unha comprensión cabal das súas determinacións. Nin a Coroa, nin os dereitos históricos, nin o par conceptual de nacionalidades e rexións –por moitas rodrigas que se lles puxeron– poden reducirse a unha creación da norma. Por iso resulta inxenua a sorpresa intelectual porque a xeneralización do proceso e a igualación incluso de competencias non “pacifícase” dunha vez por todas o problema de integración que encarou a Constitución de 1978, aínda que se afirme con intelixente intención que a igualación xurídica non equivale a uniformidade política (Aja). Unha cousa é configurar-lo Estado como federal, ó meu xuízo non posible sen reforma da Constitución, e outra incorpora-las técnicas do federalismo de execución ou de cooperación que, sen embargo, non se pode facer correctamente sen algunha adaptación previa. Nesa liña estase a orienta-lo Tribunal Constitucional ó soste que, como regra xeral, lles corresponde ás CCAA a competencia de execución en materia de subvencións, mesmo estatais.

As aspiracións á igualdade ou os requirimentos da solidariedade ou as esixencias de eficacia que contén o texto constitucional han de cohonestarse con desigualdades e peculiaridades recoñecidas no mesmo. O Estado autonómico, díxose certeira-mente, revela unha “asimetría estrutural” (López Guerra), que se podería predicar tamén no Reino Unido, no Parlamento do cal a palabra federalismo, con ocasión do Tratado de Maastricht, non foi de boa nota.

Por razóns históricas evidentes, a resposta constitucional de 1978 non foi un exercicio intelectual para realiza-lo principio de eficacia pública, senón primariamente o de “identidade territorial”, pero desde a desigual autoconciencia colectiva. Antes de racionaliza-lo poder público e a Administración había que asegurar –ou facer viable polo menos– a integración das dife-

rentes partes “nunha patria común”. Convén non esquecerlo case vinte anos despois. Nin o Estado autonómico consiste nunha simple operación racionalizadora ó servizo da igualdade, nin os feitos diferenciais se deben tratar como participacións accionarias nunha sociedade mercantil.

#### 4. O proxecto inicial do Estatuto

O Estatuto de autonomía para Galicia, hoxe vixente, difire do proxecto inicial. A comparación de ámbolos textos creo que ten interese na conxuntura presente e é sumamente ilustrativa do que foi quedando no trámite parlamentario, en ocasións por conveniencia dun modelo catalán, admitido polo Goberno e a oposición que, en materia de economía, era negativo para Galicia, que tamén difire do feito diferencial catalán.

No seu nome impuxéronse as fórmulas dos anteriores estatutos -vasco e catalán- en diversos aspectos relativos á emigración (representación dos emigrantes, execución de lexislación estatal) e da economía.

No necesita argumentación adicional recoñecer que o tratamento igualitario desas materias resulta máis ben discriminatorio, xa que versa sobre realidades antitéticas: comunidades de inmigrantes fronte a unha comunidade emigrante; comunidades desenvolvidas fronte a outra atrasada. Aquí reside tamén unha parte do “feito diferencial”.

O relato da negociación do capítulo de Economía e Facenda é sumamente ilustrativo da tese que aquí se sostén. Por esa vía desaparecerán preceptos como os orixenarios artigos 48, 59.3 e o 29 que dicía: “os galegos ós que afecte o disposto no número 3 da Constitución gozarán para os investimentos que pretendan realizar no territorio de Galicia do tratamento xurídico que o Estado lles outorgue ás zonas de réxime fiscal beneficiado”. Na “caída” do precepto xuntáronse outros grupos parlamentarios nacionais e a visión centralista e unificadora do Ministerio de Facenda, malia a moderación da proposta que pretendía asemade encontrar fórmulas específicas para o desenvolvemento de Galicia e sentar bases reais -máis alá do folclore- de relacións fecundas cos galegos da outra beira do atlántico.

Por análogas razóns desapareceron as alíneas 3, 4 e 5 do artigo 30 do Proxecto de Raxoi que lle atribuían á Comunidade Autónoma galega a execución de tratados internacionais relacionados con competencias exclusivas daquela e que a Comunidade Autónoma galega estivese “adecuadamente representada nas comisións do Estado que leven a cabo negociacións con outros

países ou organismos internacionais en materias que afecten *especialmente* a Galicia" e en particular "en materia de emigración, marítimas pesqueiras e actividades agrícolas, gandeiras e forestais".

O artigo 58 dicía: "os poderes públicos galegos quedan facultados para constituír un sector público económico autónomo, ó que se vinculará tamén o estatal que exista no territorio de Galicia, nos termos do presente Estatuto".

Penso que estes preceptos teñen unha actualidade renovada e o seu recordatorio non queda reducido a unha simple evocación retrospectiva.

Actuando selectivamente, referireime a algún precepto que conseguí salva-lo rol do consenso político sobre a regulación da economía no Estatuto catalán. O artigo 46 é o que queda dos orixinais 48 e 50; este contén unha definición do "esfuerzo fiscal" máis axeitado á realidade de Galicia ("cociente entre o que se recade efectivamente e o potencialmente atinrible, tendo en conta o nivel e a distribución persoal da renda"), así como a relación inversa entre a renda real media en Galicia e a media estatal que se considera coa contida na disposición transitoria quinta, 3 sobre nivelación dos servizos en Galicia cos do todo o territorio do Estado.

Atrás, sen embargo, quedaron preceptos ambiciosos contidos nos artigos 48 e 50 do proxecto de Raxoi sobre o mantemento como mínimo da masa de recursos tributarios procedentes dos impostos compartidos e sobre todo a **esixencia de igualación fiscal** a través das correspondentes subvencións nas que se habería de considerar, ademais do previsto actualmente, o custo máis elevado dos servizos sociais "por razóns derivadas das características diferenciais básicas da poboación, xeografía e economía galegas". Non é necesario lembra-la dispersión do asentamento poboacional coa metade en Galicia dos núcleos de poboación de toda España.

Dentro da escasa marxe que deixou a imposición do modelo económico acordado con motivo do Estatuto catalán e que reforzou posteriormente, queda a innovación do artigo 30.7 relativo ó desenvolvemento e á execución de plans estatais de reestruturación –de negativa memoria e actualidade– programas xenéricos para Galicia de fomento industrial –de magros resultados e de interpretación restrictiva– e programas de actuación referidos a bisbarras deprimidas ou en crise.

O proxecto inicial, afortunadamente, non se modificou nalgúns aspectos nos que o Estatuto galego foi innovador.

Ó feito diferencial galego pertencelle o "Consello da Cultura

Galega", da proposta do cal me sinto persoalmente orgulloso, para "a defensa e promoción dos valores culturais do pobo galego" –que non tiña precedentes nos outros estatutos– co que se pretendeu, ademais, servirle á integración dos que no pasado contribuíron a xustificar a disposición transitoria segunda da Constitución.

Tampouco tiña precedentes nos que se inspirar o "recoñecemento da galegitude", a instancia do lucense Antonio Díaz Fuentes, que loce no actual artigo 7 e que se seguiu polos estatutos posteriores. Obedecía á comprobación da realidade emigrante a que antes me referín, que orixina que o pobo galego reborde o territorio de Galicia.

## 5. O desenvolvemento estatutario

Ó accidentado proceso que seguiu a elaboración e a aprobación do Estatuto débenselle cargar algunhas carencias, probablemente evitables se fose outro o clima.

Sen embargo, as diferencias que existen no articulado do EAG e outros, incluídos algúns posteriores, en materia de augas, estradas, promoción do turismo, colexios profesionais, teñen hoxe nula importancia despois de que se utilizou a vía do artigo 150.2 pola Lei 9/1992, do 23 de decembro, froito dun pacto entre PSOE e PP, para transferirlles competencias ás CCAA e conseguir así unha certa equiparación entre unhas e outras, e que culminou na Lei orgánica 16/1995, do 27 de decembro, que operou iso que se podería denominar igualación técnica, xa que as diferencias entre os estatutos obedecían ós diferentes momentos en que os estatutos se elaboraron e non a ningunha diferenza peculiar ou feito diferencial. Nese sentido maniféstase a exposición de motivos da lei: inclusión de títulos competenciales asumidos por outras CCAA que se recollían no Estatuto de 1981; equiparación do contido de competencias que figuraba no Estatuto co das mesmas recollidas noutros estatutos

De todos modos resulta moi ilustrativo compara-lo artigo 31.1 do proxecto inicial de Estatuto co actual 36.1. A Comunidade Autónoma poderá solicitar do Estado a transferencia ou a delegación de competencias non asumidas no Estatuto, pero aquel engadía "aínda que sexan as comprendidas no artigo 149 da Constitución, sempre que o permita a súa natureza". Constituía un bo instrumento para a "negociación", máis alá da regularización levada a cabo pola Lei 16/1995.

De 1991 a 1996 –por referirme ó período que vai desde as I

xornadas- produciuse un certo desenvolvemento estatutario, a análise concreta do cal renuncio realizar neste momento. Se se actúa selectivamente habería que recordar, entre o máis característico, a creación do Consello Consultivo (Lei 9/1995, do 10 de novembro), o Consello Económico Social (Lei 6/1995, do 28 de xuño), a Academia Galega de Seguridade (Lei 4/1992, do 9 de abril), o Instituto Galego de Promoción Económica, IGAPE (Lei 5/1992, do 10 de xuño), no que se podería denominar ámbito institucional.

No que se refire a sinais de identidade habería que considerar as leis relativas ó recurso de casación (Lei 11/1993, do 15 de xullo), ó dereito civil de Galicia (Lei 4/1995, do 24 de maio) ou a de parcerías e arrendamentos rústicos e históricos (Lei 3/1993, do 16 de abril).

Unha ben orientada Lei de delegación e distribución de competencias en materia de urbanismo (Lei 7/1995, do 29 de xuño) formulou, aínda que parcialmente pola súa materia, a relación entre Comunidade Autónoma e entidades locais.

Outras leis sectoriais atenderon competencias propias de Galicia recoñecidas no Estatuto, como a de Administración hidráulica de Galicia (Lei 8/1993), de pesca (Lei 6/1993), de estradas (Lei 4/1994, do 14 de setembro), de portos de Galicia (Lei 5/1994, do 29 de novembro) ou outras de obxectivos máis ambiciosos como a de ordenación do territorio (Lei 10/1995, do 23 de novembro) ou de protección do medio ambiente (Lei 1/1995, do 2 de xaneiro).

Aínda que é estimable o realizado, é evidente que todo non está feito. Dicía hai cinco anos que non se acabou de deseñar un modelo claro de cómo se quere configura-la Comunidade Autónoma de Galicia e refírome fundamentalmente á *articulación das diferentes administracións existentes no territorio de Galicia*. Non tódolos modelos coinciden: en Cataluña é paradigmática a alerxia ás deputacións provinciais; no País Vasco, pola contra, o ámbito provincial define a esencia histórica da hoxe Comunidade Autónoma.

¿Quen se acorda hoxe da Lei 8/1989, do 15 de xuño de delimitación e coordinación das competencias provinciais? Foi unha lei nacida realmente morta nunha conxuntura política concreta que aspiraba, teoricamente, a establece-lo marco para a delimitación de competencias entre a Comunidade Autónoma e as deputacións provinciais. E, sen embargo, ese obxectivo segue a ser unha cuestión pendente, non obstante houbo algún avance, como sucedeu en materia hospitalaria.

Reiteradamente veño sostendo desde hai anos que esta grande



cuestión pendente só se pode abordar dun modo global. Cómpre examinar asemade as competencias municipais, as ínter e supramunicipais, as provinciais e as autonómicas. Tarefa nada sinxela que esixe reflexionar sobre a funcionalidade mesma das deputacións provinciais e da escala comarcal e sobre as diferentes técnicas xurídicas de colaboración.

Unha formulación xenuinamente autonómica requiriría a integración do que tradicionalmente se denominou, aínda que empobrecedoramente, Administración local e a ordenación do territorio.

Todo iso require un consenso político e tamén social e, polo tanto, diálogo, paciencia e moita información, ademais do previo soporte científico e unha dirección de goberno real que non se limite a evitar conflitos ou a xuxtapoñer iniciativas ou a demoralas cando poidan xerar aqueles.

Aí queda como recordatorio a disposición transitoria terceira e o artigo 40 do Estatuto. A primeira di que "a Xunta coordinará a actividade das deputacións provinciais de Galicia en canto afecte directamente ó interese xeral da Comunidade Autónoma". ¿Como está coordinando esa actividade?, ¿cal é o interese xeral directamente afectado?

O apartado 2 da disposición fala da posibilidade de que a Xunta lles encomende ás deputacións provinciais a execución dos seus acordos e a delegación e transferencia de funcións. O precepto suxire unha dupla dirección: da provincia á Comunidade e desta á provincia.

Todo isto ten que ver co que dispón o artigo 39 relativo á competencia da Comunidade Autónoma para crear e estruturar a súa propia Administración pública.

Existen demasiadas cuestións abertas que quizais deberían ser abordadas desde a perspectiva dese afortunado *slogan* político que é a Administración única.

Tampouco se encontra definitivamente abordada a cuestión comarcal. A orientación que presidiu a creación e a actuación da "Sociedade Anónima para o Desenvolvemento Comarcal de Galicia" dista moito do que contén o Estatuto no seu artigo 40.1 e 27.1.2.

Convén reler eses artigos. O primeiro reconece a comarca como entidade local con personalidade xurídica e demarcación de seu e o segundo engade –como fai tamén no caso da parroquia– que é **entidade local propia** de Galicia. Sobre ela ten a Comunidade Autónoma competencia exclusiva e non de simple desenvolvemento legislativo de bases estatais, como ten aquela para a organización das súas institucións de autogoberno.

Non foi ese o entendemento nin da estatal LRBL nin da STC 214/1989, do 21 de decembro. A LRBL non tivo en conta a razón de ser do duplo apoio constitucional da comarca: o artigo 141.3 e o 152.3, relativo ás comunidades autónomas do artigo 151, e tampouco leu adecuadamente –ou ninguén llo fixo ler adecuadamente– o Estatuto galego.

A LRBL, ademais de respecta-las peculiaridades dos territorios históricos do País Vasco, protexe na disposición adicional cuarta a realización do artigo 5.1 do Estatuto catalán, que prevé a organización territorial, dun modo xeral, “en municipios e comarcas”, como un recoñecemento histórico. Identifícase, implicitamente, ente local de carácter xeral e ente necesario e ente territorial.

A tese é demoledora para a realidade galega e para a interpretación do Estatuto de Galicia que realiza a STC 214/1989:

“as comarcas non aparecen dotadas de ningunha garantía estatutaria, ó no seren senón entes continxentes en función da decisión que adopte o lexislador autonómico, o cal, se ben poderá dispoñer sobre a constitución e a creación de tales entes, deberá facelo, en todo caso, con suxeición ás esixencias determinadas pola lexislación básica estatal”.

A STC 214/1989 entende –erroneamente ó meu xuízo– que o artigo 40.1 do Estatuto ó remitir ó artigo 27.2 do mesmo está recoñecendo que á Comunidade Autónoma de Galicia só lle corresponde o desenvolvemento lexislativo das bases estatais e, polo tanto, a creación e a ordenación das comarcas ha de realizarse en Galicia, como simple desenvolvemento do artigo 42 da LRBL. A lectura, sen prexuízos, do citado artigo 27.2 permite subliñar que as comarcas e as parroquias rurais son *entidades locais propias* e que sobre elas recae a competencia exclusiva que lle corresponde á autoorganización, diferente das que lles corresponde ás outras funcións que sobre o réxime local cita o mesmo artigo.

Unha falta de sensibilidade no momento da LRBL e unha inercia doutrinal posterior pode reduci-lo fenómeno comarcal –socioloxicamente enraizado en Galicia aínda que non administrativamente vixente– á solución instrumental –sen dúbida benemérita– do asociacionismo ou agrupación comarcal, ou do actual desenvolvemento comarcal, como infraestrutura para determinados servizos ou investimentos.


O desenvolvemento estatutario virá tamén facilitado nalgunha cuestión importante como a adecuada presenza da Comunidade Autónoma na política comunitaria como consecuencia da evolución da xurisprudencia do Tribunal Constitucional.

Inicialmente o Tribunal Constitucional interpreta con excesiva amplitude o título competencial “relacións internacionais” do artigo 149.1.3 da Constitución a favor do Estado, como competencia exclusiva do mesmo. A tese empezou a cuartearse con motivo dos votos particulares á STC 137/1989, do 20 de xullo relativa ó “comunicado de colaboración” suscrito polo conselleiro de Ordenación do Territorio e Medio Ambiente e a Dirección de Medio Ambiente do Goberno de Dinamarca. O que foi opinión minoritaria expresada en votos particulares pasou a ser doutrina do Tribunal Constitucional a partir da Sentencia 165/1994, do 26 de maio (ponente D. Luis López Guerra) sacando as consecuencias da distinción entre aquel título e a proxección da competencia autonómica fóra do territorio da Comunidade que fose aceptada pronto.

Porque “a dimensión externa dun asunto non pode servir para realizar unha interpretación expansiva do artigo 149.1.3 CE, que veña subsumir na competencia estatal toda medida dotada dunha certa incidencia exterior, por remota que sexa, xa que se así fose se produciría unha reordenación da propia orde constitucional de distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas” (STC 80/1993, fundamento xurídico 3º, que se remite ás SSTC 153/1989, 54/1990, 76/1991 e 100/1991).

## 6. Reflexión conclusiva

Hai quince anos, malia as turbulencias do oportunismo político do momento, Galicia conseguiu ver aprobado un Estatuto que lle correspondía ó lugar que a Constitución lle recoñeceu. Non foi doado e ían malos tempos.

Tampouco agora son favorables, aínda que se conta con quince anos de vida das institucións autonómicas. Agora non se trata de reivindicar títulos heráldicos, senón de aproveitar a forza que procede dun sentimento colectivo de autoconciencia ó que non se pode defraudar e menos traizoar. Contamos coa realidade dunha Comunidade Autónoma que non é xa a utopía pola que loitar. É unha vez máis unha responsabilidade histórica. 

# Ética en la Administración pública

Catedrático de Derecho  
Administrativo

Jesús González Pérez

## I. Introducción

Acudo con frecuencia a una obra de mediados del siglo pasado, que lleva este largo y expresivo título: *Diccionario de los políticos o verdadero sentido de las voces y frases más usuales entre los mismos, escrito para divertimento de los que ya lo han sido y enseñanza de los que aún quieren serlo*. Su autor es Rico y Amat y la 2ª edición –que utilizo– de 1855<sup>1</sup>. En él aparece la palabra *moralidad*, cuyo “verdadero sentido” es, según su autor, el siguiente:

“Señora extraviada en la corte cuyo paradero se ignora, por mas que se ha ofrecido un hallazgo al que la presente.

Los que mas aparentan buscarla le cierran la puerta cuando se presenta en sus casas y, aburrida de tanto desprecio, dicen que va peregrinando ahora por los pueblos pequeños, acompañada de su hermana la justicia, tan despreciada como ella. Probablemente tendrán que emigrar pronto de España, sino quieren morir de una sofocación”.

<sup>1</sup> De RICO Y AMAT, 2ª ed., Madrid, 1855, p. 266.

Idea sobre la moralidad de los políticos que no era ni mucho menos aislada en la literatura de aquella época. Como ha puesto de relieve, recientemente, Armando de Miguel al describirnos la España de nuestros abuelos a través de la literatura regeneracionista de entonces, que veía en los partidos "gentes desacreditadas o anónimas, humanidad reclutada en la antesala, en el bufete, cuando no en la alcoba nupcial o en el gurruminismo complaciente, un plantel de mediocres, un conjunto de arribistas" y en la política un "campo de ambiciones y de envidias" del que eran consecuencia "los negocios de mala fé, el agio en todas sus manifestaciones, el soborno, el chanchullo, las quiebras, las ruinas inesperadas". Ante lo que comenta De Miguel, "asombra pensar lo acertadas que serían algunas de esas manifestaciones aplicadas a la España actual. Por lo menos atisban la conclusión de que hay una continuidad entre la España de nuestros abuelos y la de hoy"<sup>2</sup>.

Creo, sin embargo, que la situación de hoy, en España y fuera de España dista mucho de la de ayer. Pues estamos viviendo unos momentos "en que las sociedades occidentales se ven zarrandeadas por una interna y externa crisis de valores morales" en que "toda una civilización, falta de vigor moral, amenaza con derrumbarse" y en que "incluso los que reclaman la vuelta a las raíces éticas, una gran parte se halla atrapada en las movedizas arenas de una ética subjetivista y relativista"<sup>3</sup>.

De aquí la urgencia e insistencia con que se demanda una nueva regeneración. Como la que se demanda por Juan Pablo II en la Encíclica "Veritatis Splendor" a la que -por su trascendencia- he de referirme a lo largo de estas páginas más de una vez. En ella afirma el Papa "la necesidad de una radical renovación personal y social capaz de asegurar justicia, solidaridad, honestidad y transparencia" (párrafo 98).

Renovación en el ámbito público y en el privado. Porque la degradación se da en uno y otro. Porque en uno y otro debe regir una misma ética. Porque el hombre público no es -aunque a veces lo parezca- de naturaleza distinta a cualquier otro hombre.

Aunque no es infrecuente creer lo contrario. Sobre todo entre los políticos. Quizás, una de las manifestaciones más expresivas de esta creencia, sea la reacción de los parlamentarios ante los suplicatorios, que, como señalaba Niceto Alcalá-Zamora y Castillo se deniegan siempre, salvo casos excepcionalísimos<sup>4</sup>. Y, precisamente en el debate parlamentario a que dieron lugar dos suplicatorios solicitando autorización para proceder frente a José Antonio Primo de Rivera, un Diputado proclamó so-

<sup>2</sup> ARMANDO DE MIGUEL, *La España de nuestros abuelos*, Espasa, Madrid, 1995, p. 236.

<sup>3</sup> RAFAEL TERMES, *El Papel del cristianismo en las economías de mercado*, Universidad de Navarra, 1994, p. 1.

<sup>4</sup> En *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1944, p. 596.

lemnemente la casta especial del político. Fueron unas de las poquísimas excepciones en que se accedió a los suplicatorios. Pues bien, en el debate parlamentario, se sentó la especial categoría de los políticos, con estas palabras tomadas directamente del Diario de Sesiones del Congreso: "Nosotros somos ciudadanos de una categoría distinta, con más deberes que el resto de los ciudadanos, pero también con más derechos que ellos, y no se ha de escandalizar la Nación por el hecho de que generosamente la Cámara exima de todas las responsabilidades de culpabilidad a un Diputado"<sup>5</sup>. Quien así hablaba era Indalecio Prieto<sup>6</sup>. No es de extrañar que años después Gregorio Peces-Barba defiende la existencia de una ética pública y privada como cosas distintas, frente a lo que ha reaccionado Rafael Termes afirmando que no hay más que una ética, la vinculada a la idea del hombre, que se pone de manifiesto en la vida social, familiar, profesional y política del individuo<sup>7</sup>. Y es que, como proclama la Encíclica "Veritatis Splendor", "no hay ninguna diferencia entre ser el dueño del mundo o el último de los 'miserables' de la tierra; ante las exigencias morales somos todos absolutamente iguales". Otra cosa es que se hable de *Ética pública*, no como algo distinto de la *Ética privada*, sino como proyección en el ámbito público de las normas éticas comunes, como hace Rodríguez-Arana<sup>8</sup>.

La moral, moralidad o buena conducta ofrece en sus relaciones con la Administración pública dos aspectos<sup>9</sup>:

■ La moral como exigencia de todos y cada uno de los servidores públicos, cualquiera que fuese la actividad administrativa que realicen.

■ Y la moral como fin de la acción administrativa.

A este último aspecto dediqué mi comunicación del pasado curso al Pleno de Numerarios de la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Hoy voy a referirme al primero.

## II.

### Exigencias de la Ética en la Administración

#### 1. La ética en la Administración pública

Es tal el nivel de degradación de los valores éticos en las Administraciones públicas, que parece que la cuestión se centra en la corrupción. Cuando ésta constituye tan sólo uno, aunque sea el más grave, de los atentados a la Ética en que puede incurrir un servidor público. Pero existen otros muchos que, ante la

<sup>5</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1934, Tomo VI, pp. 4386 y ss.

<sup>6</sup> Me remito a mi trabajo *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª ed., Ed. Civitas, 1989, pp. 104 y ss.

<sup>7</sup> "¿Ética Pública y ética privada?" Artículo publicado en ABC de 8 junio 1995, recordando que, como dice MILLÁN-PUELLES, la ética pública, que es la que rige el comportamiento del hombre, precisamente en cuanto ciudadano, no es otra que una concreción, en este campo, de las objetivas, permanentes y universales normas éticas.

<sup>8</sup> Se ha ocupado especialmente del tema, en "Sobre la ética en la Administración pública", *Actualidad administrativa*, núm. 21/22, 28 mayo 1995, XXIX, y en "Sobre la enseñanza de la ética Pública", en *Papeles de Trabajo del Instituto Universitario Ortega y Gasset. Serie Gobierno y Administración pública* 0295.

<sup>9</sup> Me remito a *La reforma administrativa en la esfera local*, en *Problemas Políticos de la vida local*, I, Instituto de Estudios Políticos, 1960.

generalidad de aquélla, han quedado relegados al olvido o considerados leves pecados veniales, o hasta prácticas administrativas que no vale la pena desterrar.

Si se quiere, de verdad, regenerar la vida pública, si se quiere afrontar con seriedad la tarea de hacer una Administración pública que, no sólo no suscite la desconfianza y recelo de los administrados, sino que pueda servir de ejemplo a las actividades privadas, es necesario no limitarnos a sancionar el nauseabundo mundo de la corrupción, y recordar otros elementalísimos deberes. Soy consciente de la imposibilidad de la tarea, sin una radical renovación de la sociedad. La experiencia ha demostrado el fracaso de cuantas reformas administrativas se han proyectado<sup>9</sup>. Pero, vale la pena intentarlo.

En la Encíclica "Veritatis Splendor" se nos recuerda (párrafo 101) que "en el ámbito político se debe constatar que la veracidad en las relaciones entre gobernantes y gobernados; la transparencia en la Administración pública; la imparcialidad en el servicio de la cosa pública; ... el uso justo y honesto del dinero público; el rechazo de medios equívocos o ilícitos para conquistar, mantener o aumentar a cualquier costa el poder, son principios que tienen su base fundamental –así como su urgencia particular– en el valor trascendente de la persona y en las exigencias morales objetivas del funcionamiento de los Estados".

En definitiva, es la dignidad humana la que marcará las pautas de conducta. Dignidad en el administrador y en el administrado, en el que realiza las funciones administrativas y en su destinatario. Pues, como he dicho en otra ocasión, la dignidad humana sólo se salvará si el hombre, "consciente de su filiación divina y de la filiación divina de los demás hombres, ve en cada uno de ellos otro yo, cualquiera que fuese el tipo de relación y el ámbito en que se desenvuelva, y muy especialmente en las relaciones de Poder"<sup>10</sup>.

En los apartados siguientes se hace referencia a algunas de las manifestaciones concretas de estas exigencias de la ética en la acción administrativa, en relación con los sujetos, el objeto y la actividad en sí misma considerada.

## 2. Sujetos

No es del todo exacto que la Ética pública se circunscriba a la conducta de los agentes públicos de acuerdo con la recta razón y con los intereses públicos, como afirma Rodríguez Arana<sup>11</sup>, ya que, como señala Millán-Puelles, se refiere al comportamiento del hombre en cuanto ciudadano en el ámbito público. Pero es indudable que su destinatario principal es el titular de los órga-

<sup>10</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la Persona*, Ed. Civitas, 1986, p. 202.

<sup>11</sup> *Sobre la ética de la Administración pública*, cit.

nos que realiza las funciones administrativas, al que se imponen deberes en cuanto persona, en sus relaciones con los demás titulares de los órganos públicos y con los ciudadanos.

#### *a) Deberes personales*

La ejemplaridad y honradez son virtudes que deben presidir la actuación de los servidores públicos. Constituye un deber que ha obtenido la sanción legislativa. "Observar una conducta de máximo decoro" figura en la enumeración de deberes que establece el artículo 80 de la Ley de funcionarios civiles (texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 febrero), que no ha sido derogado. Pero sí ha desaparecido de la lista de faltas graves "la falta de probidad moral". Figuraba en primer lugar en la enumeración contenida en el artículo 88 de la Ley de funcionarios; pero no aparece ya en la que se contiene en el artículo 31 de la Ley de medidas para reforma de la función pública (Ley 30/1984, de 2 agosto). Lo que puede interpretarse en el sentido de que el "máximo decoro" ha querido limitarse a la dimensión del funcionario como trabajador público<sup>12</sup>.

#### *b) En relación con los demás servidores públicos*

Los deberes de los funcionarios respecto de superiores e inferiores han sido sancionados legalmente en el artículo 79 del texto articulado de 1964: respecto de los superiores, "acatar sus ordenes con exacta disciplina", respecto de los inferiores, tratarlos con esmerada corrección y facilitarles el cumplimiento de su obligación.

Pero no se agotan ahí los deberes éticos. La noción de servicio público como entrega generosa al conjunto de la sociedad, a cuyos intereses generales deben servir con objetividad<sup>13</sup>, les obliga a una colaboración con superiores, inferiores y otros funcionarios de menor rango presidida por las ideas de lealtad y sinceridad, a fin de lograr una mejor prestación de los servicios. Lo que supone superar el recelo, desconfianza y espíritu de emulación mal entendido, que se traduce la más de las veces, no ya en una resistencia a una colaboración efectiva, sino en abierta obstaculización del trabajo de los demás.

#### *c) En relación con los administrados*

Hace ya muchos años, hice una angustiada llamada en favor de quien constituye el centro del sistema: el ciudadano, el administrado<sup>14</sup>. Por solemne que sea el reconocimiento en la Constitución de la persona y su dignidad como base y fundamento del Ordenamiento, es incuestionable el menosprecio, la desconsideración y trato desigual de que es objeto diariamente por

<sup>12</sup> Y no a experiencia vital en sentido amplio, como considerara debe exigirse RODRÍGUEZ-ARANA, *Sobre la enseñanza*, cit., p. 23.

<sup>13</sup> Cfr. resumen del "Documento de trabajo La transmisión de los componentes éticos del servicio público a los funcionarios de nuevo ingreso", INAP-EHP, en RODRÍGUEZ-ARANA, *Sobre la enseñanza de la Ética pública*, pp. 12 y ss.

<sup>14</sup> *El administrado*, El Consultor de los Ayuntamientos, 1966.



los servidores públicos. Porque no todos los administrados son iguales. Sobre el tema insistí más tarde en un trabajo que publiqué en Méjico en 1971, titulado *Administración pública y libertad*<sup>15</sup>. De él son estos párrafos:

La desigualdad es la norma. Desde el momento mismo en que el administrado se pone en contacto con la Administración pública y se encuentra con la ventanilla. Sorprende el escaso interés de la doctrina por esta institución, que constituye el primer obstáculo a franquear –y no el menor– para tomar contacto con la Administración pública y obtener una decisión.

Pero existen frecuentemente, al lado de las ventanillas, otras puertas, otros accesos a los despachos de los superiores, en las que pueden observarse en grandes letras la siguiente advertencia: "Prohibida la entrada al público". El "público", naturalmente, es ese administrado simple que no tiene otro cauce para llegar al poder que el estrecho y angosto de la ventanilla<sup>16</sup>.

Estas otras puertas, estos otros accesos más cómodos no son para él. Son para otro "público"; son para otros "administrados", que desde el momento mismo de ponerse en contacto con la Administración pública, obtiene un trato distinto. No tienen necesidad de cola ni turno, ni siquiera de adoptar una actitud suplicante. Las puertas les están abiertas, y si alguien adopta una posición de subordinación, no es precisamente el administrado.

Y aun hay otra forma superior de toma de contacto. Existe toda una categoría de administrados para los que ni siquiera es necesario descender a la oficina pública. Basta una simple llamada telefónica, para que sea el propio funcionario competente el que acuda al despacho del administrado. Quien está detrás de la barrera no es ahora el funcionario. El teléfono cumple aquí un papel relevante. A él se ha referido Simenon, en una de sus novelas, al hablar de las personas que han llegado a "esa situación... en que un telefonazo sustituye a días o semanas de gestiones. No forman parte del público –dice–. Están al otro lado del decorado; saben lo que los otros ignoran, lo que se les oculta porque sería peligroso que estuviesen al corriente"<sup>17</sup>.

En la reglamentación de la función pública, se consagra solemnemente el deber de los funcionarios de "tratar con esmerada corrección al público" (así, art. 79 de la Ley de funcionarios civiles del Estado), sancionándose como falta grave "la grave falta de consideración con los administrados", (art. 7.1.o), Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Decreto 33/1986, de 10 de enero), que se califica de muy grave cuando "suponga discriminación por razones de raza, sexo, religión, lengua, opinión,

<sup>15</sup> pp. 46 y ss.

<sup>16</sup> El hecho se refleja perfectamente en el libro de G. MIGNOT y PH. D'ORSAY, *La machine administrative, cit.*, en un capítulo que lleva al expresivo título de "De la ventanilla a la antesala del Ministro".

<sup>17</sup> *Las campanas de Bicêtre*, Barcelona, 1962, p. 113.

lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (art. 6,b) del mismo Reglamento). En parecidos términos, el anterior Reglamento sobre régimen disciplinario aprobado por Decreto de 16 de agosto de 1969, en cuyo artículo 7º,f) consideraba falta grave "la falta de consideración con los administrados en sus relaciones con el servicio encomendado al funcionario". Mi comentario sobre esta norma fue el siguiente: "Hasta algún sector de la prensa diaria ha destacado este precepto, olvidando ingenuamente que ésta, como toda esa serie de normas sobre responsabilidades de autoridades y funcionarios, no son normas que se promulgan para ser aplicadas. Pues –digámoslo una vez más– el problema de nuestra situación administrativa y política no es un problema de normas. Es un problema de educación cívica. O, mejor dicho, de educación a secas"<sup>18</sup>.

Ante lo olvidado de estos elementales deberes no es extraño que en los programas de regeneración ética de la Administración se insista en la necesidad de que el funcionario elija la técnica que redunde en las mejores condiciones para los ciudadanos, "porque, en definitiva, son los auténticos dueños de todo el aparato público"<sup>19</sup>.

### 3. Objeto

#### a) El servicio de los intereses generales

La idea de servicio de los intereses generales debe presidir la actuación de cualquiera que realiza una función pública. Autoridad o funcionario, político o empleado, debe hacer siempre lo que sea mejor para los intereses públicos.

La corrupción consiste, precisamente, en la utilización de potestades públicas para intereses particulares<sup>20</sup>, cualquiera que sea la forma de manifestarse, sea en beneficio propio o de un tercero, sea por razón de autoridad o por dinero o por otros beneficios. Como nos muestra la realidad española las modalidades son infinitas. Y, desgraciadamente, su impunidad, aunque algunas conductas pudieran encajar en los delitos de cohecho, malversación o prevaricación, y a pesar de que, a estos tipos de delitos clásicos, se añadan otros nuevos como puede ser el tráfico de influencias.

El fenómeno de la corrupción consiste, por lo general, en que una persona paga –empresario– y otra cobra –el servidor público–, una persona que realiza unas prestaciones y otra que las recibe. Pero que ésta a su vez, en su actividad pública se olvida de los intereses públicos –o manifiestamente los infringe– en beneficio de los intereses de aquélla. Bien decidiendo expe-

<sup>18</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, "Las notificaciones del mes de agosto", RAP, núm. 61, p. 123.

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, *Sobre la ética*, cit.

<sup>20</sup> Así, SABAN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Ed. Civitas, 1991, p. 16, que añade "cuando ésta difiere del general a que toda actuación pública se debe por mandato del precepto constitucional".

dientes a favor, facilitando datos, permitiendo actividades ilícitas... Lo que va desde la tolerancia ante infracciones menores de tráfico –el espectáculo de los aparcamientos indebidos ante las fachadas de determinadas entidades no puede ser más expresivo– hasta las grandes operaciones financieras.

Si el fenómeno de la corrupción no es de hoy, si lo es que se haya convertido en norma y se acepte como una situación de hecho general. Y en modo alguno resulta admisible que los grandes empresarios –sobre todo los dedicados a la ejecución de obras y prestaciones de servicios– traten de justificar su contribución a tal estado de cosas, aduciendo que es la única manera de realizar trabajos a los importantes –y en ciertos sectores únicos– clientes que son las Administraciones públicas.

No resulta admisible, en primer lugar, porque su conducta durante muchos años ha tenido una influencia decisiva en la creación de un ambiente de permisividad en que todo es lícito, intoxicando las conciencias de los servidores públicos. Pues no son de hoy los regalos generalizados en fechas más o menos significativas a los servidores públicos con potestades en el sector en que se mueve la empresa; ni las invitaciones, que empiezan por los almuerzos de trabajo y acaban en vacaciones y cruceros; ni las aportaciones a congresos, reuniones o celebraciones; ni las prestaciones gratuitas de servicios no requeridos, adivinando las necesidades personales del servidor público, que seguirá con la insinuación y acabará con la petición franca y descarada. Ha existido una escalada de unas prácticas que, consciente o inconscientemente, lo han sido de degradación ética de las personas al servicio de la Administración. Muy pocas de las grandes empresas –me atrevería a decir que ninguna– están en condiciones de arrojar la primera piedra.

Y cuando se ha llegado a la corrupción descarada y generalizada al más alto nivel, ello es posible al aceptarse como irremediable lo que siempre tiene remedio. Aunque éste puede costar caro, ya que siempre se encontraría alguno dispuesto a la práctica viciosa.

#### *b) El trabajo bien hecho*

Pero la Ética en la Administración pública, no se agota en la fidelidad a los intereses generales. La "Veritatis Splendor" nos recuerda que "no basta realizar obras buenas, sino que es preciso hacerlas bien" (78, último párrafo). El trabajo bien hecho. Es éste otro de los deberes del hombre cualquiera que sea el ámbito en que realiza su actividad y, por tanto, el de la Administración pública.

*e) Utilización de los bienes adscritos al servicio*

Respecto de los bienes adscritos al servicio, se impone:

a') Tratarlos con igual cuidado que si fueran propios. Únicamente se tipifica como falta grave "causar daños graves" (art. 7º, 1, f), Reglamento de régimen disciplinario).

b') Usarlos con moderación. No es de extrañar que el despilfarro sea práctica común en la Administración pública, cuando sus servidores han olvidado esta virtud en su vida privada.

c') No utilizarlos para fines propios. Se considera lo más natural desde el uso del teléfono de la oficina para fines privados –es impresionante el coste del teléfono para usos particulares– hasta los medios de transporte para viajes que nada tienen que ver con el servicio al que están destinados o el de los Palacios y Residencias públicas para solaz y descanso de la clase política.

#### 4. Actividad

El intento de clasificación de las exigencias de la Ética en el ámbito de la Administración pública, puede terminar con un apartado dedicado a la actividad. La satisfacción de los intereses generales y la perfección en el trabajo, se concretará en unas exigencias respecto de la actividad en sí misma considerada.

*a) Lugar*

La ejemplaridad que debe presidir la actuación del funcionario podría traducirse en la exigencia de evitar lugares de reputación dudosa, ya que la presencia en ellos podrá dañar la imagen de la Administración.

Reducido el deber de ejemplaridad al ámbito estricto de la función pública, debe procurarse que en el lugar en que se prestan los servicios no exista nada que pueda dañar aquella imagen, sea reflejo de un trabajo eficiente, y, sobre todo, en cuanto sean utilizados por los ciudadanos para cumplir sus deberes –v.gr. presentación de declaración, pago de impuestos– o para ejercitar sus derechos –v.gr. presentar instancias, trámite de audiencia y vista– que ofrezca unas mínimas condiciones, cómodas, adecuadas para cumplir la función asignada.

*b) Tiempo*

Debe prestarse al servicio el tiempo requerido para su adecuada realización. El incumplimiento del horario y la "falta de asistencia injustificada en un día" se tipifican como faltas leves (art. 8, a) y b), del Reglamento de régimen disciplinario). Tres

faltas injustificadas en un período de tres meses, constituye falta grave (art. 7.1,m), sin que sólo llegue a tipificarse como falta muy grave el abandono del servicio, limitado por la jurisprudencia a los supuestos de “clara intencionalidad al servicio de forma clara, total y expresa”.

Desde otra perspectiva –la consideración debida a los administrados– el tiempo constituye una circunstancia importante a tener en cuenta a la hora de adoptar determinadas decisiones, como son las que imponen actuaciones –v.ar. comparecencia e información, pago de cantidades...–, abren periodo de colaboración –v.gr. informaciones públicas– o plazos para trámites de defensa –como el de audiencia y vista–, o en general, pueden dar lugar a la interposición de recursos. Al tema me he referido en el trabajo antes citado que titulé “Las notificaciones del mes de agosto”, publicado en el número 61 de la RAP, en los siguientes términos: Pero el hecho de que esta viciosa práctica sea irreprochable legalmente no quiere decir que sea defendible. Pues existe algo mucho más importante que la legalidad. La consideración debida al administrado.

#### *c) Forma*

El cuidado de las formas es importante. Tan importante es que la mujer del César sea decente como que lo parezca. En la vida personal, en el trato con los ciudadanos y con los demás servidores públicos, en la utilización de los bienes de la Administración y en las actuaciones públicas en general, la sobriedad, transparencia, magnanimidad y generosidad serán sus modelos éticos.

### **III.**

#### **Medidas encaminadas a garantizar un comportamiento ético**

##### **1. El Derecho administrativo garantía del comportamiento ético**

El Derecho administrativo trata de garantizar el servicio a los intereses generales, sujetando la actividad administrativa a una serie de formalidades y controles.

Partiendo de la desconfianza hacia los servidores públicos, grava su actuación con formalismos que tratan de impedir cualquier desviación de los fines encomendados.

La asunción por la Administración de actividades inimagi-

nables en los orígenes del Derecho administrativo y la celeridad y eficacia en que debían prestarse, dió lugar a lo que se ha llamado huida del Derecho administrativo, que ha alcanzado tan altos niveles que se ha dicho que más parece una desbandada. Ciertamente, el rigor formalista del Derecho administrativo, con sus excesivos controles no parece muy compatible con las necesidades de las modernas Administraciones públicas. Y, por la vía más diversas se ha buscado refugio en el Derecho privado para poder actuar más libremente y, por ende, con mayor eficacia<sup>21</sup>.

Ahora bien, comprobadas las facilidades que el sistema prestaba para mejor satisfacer los intereses propios o del partido, para colocar a los adictos en los cargos públicos, para adjudicar la ejecución de obras y servicios al que mejor se portaba, para proceder, en fin, a utilizar a su capricho el aparato administrativo, no solo se ha huido del Derecho administrativo, sino que, dentro de éste, se han atenuado de tal forma las formalidades y controles, que quedan amplios márgenes para que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad.

La presión pública da lugar, a veces, a la adopción de medidas que, aparentemente, tratan de reforzar las garantías. Pero la realidad pone de manifiesto, con su resistencia a cualquier modificación, su ineficacia.

En España, ante la gravedad de la situación, los políticos se vieron obligados a hacer algo. Y no se les ocurrió nada mejor que crear una Fiscalía especial contra la corrupción y elaborar dos leyes: una, la Ley 11/1995, de 11 de mayo reguladora de la utilización y control de créditos destinados a gastos reservados; otra, la Ley 12/1995 de igual fecha sobre Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos cargos de la Administración del Estado. Publicadas ambas en el BOE de 12 de mayo de 1995, la realidad se encargará de demostrar si seguirán el destino de tantas otras análogas, promulgadas con los mismos propósitos.

A continuación me refiero a algunos de los aspectos mas significativos de estas garantías.

## 2. Obligaciones de los servidores públicos

El Derecho trata de evitar en lo posible el ejercicio de potestades para fines distintos a aquellos en que se concreta el interés público, estructurando una serie de medidas respecto de las personas que acceden a un órgano público, tanto en el momento de la adscripción, como durante su desempeño y a su separación.

<sup>21</sup> Entre la bibliografía reciente sobre el tema, cfr., LAGUNA DE PAZ, "La renuncia de la Administración Pública al Derecho administrativo", RAP, núm. 136, pp. 201 y ss.

*a) Al acceder al cargo público**a') Circunstancias personales*

En el Ordenamiento español no se exige ninguna condición especial para el ejercicio de un alto cargo, ni para ser funcionario público. Por supuesto, no podrán acceder al cargo público los que se hallen inhabilitados por sentencia firme durante el tiempo de la condena (arts. 35 y 36, CP), ni a la función pública, además, los que hubieren sido separados previo procedimiento disciplinario (art. 30.1,e), LFC). Pero no existe exigencia alguna en orden a acreditar la honorabilidad en general ni en particular en orden a la actividad que se ha de desempeñar.

*b') Declaraciones de actividad y de bienes*

La declaración de intereses financieros se ha considerado uno de los mecanismos más eficaces para salvaguardar la ética en las actividades públicas<sup>22</sup>.

La LAC ha establecido la obligación de los altos cargos de hacer dentro de los tres meses siguientes a la toma de posesión, de una declaración de actividad (art. 5), y otra declaración de bienes y derechos (art. 6).

La primera comprenderá "las actividades que desempeñen por sí o mediante sustitución o apoderamiento.

*c') Declaración de bienes y derechos*

La persona que accede a un alto cargo deberá hacer también una declaración patrimonial comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones, y voluntariamente podrá hacerla su cónyuge (art. 6°).

El Registro de Bienes y Derechos patrimoniales, a diferencia del registro de actividades, tiene carácter reservado y sólo podrá accederse a él en la forma prevista en el artículo 8°, LAC:

"a) Las Cortes Generales, de acuerdo con lo que establezcan los Reglamentos de las Cámaras.

b) Los órganos judiciales para la instrucción o resolución de procesos que requieran el conocimiento de los datos que obran en el Registro, de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales.

c) El Ministerio Fiscal, cuando realice actuaciones de investigación en el ejercicio de sus funciones que reunieran el conocimiento de los datos que obran en el Registro.

d) El defensor del Pueblo en los términos de su Ley Orgánica".

Se trata de conciliar la finalidad perseguida por la LAC y el derecho a la intimidad, tema que se ha planteado en los distintos países que han introducido en sus Ordenamientos siste-

<sup>22</sup> GARCÍA-MEXIA, *Reflexiones al hilo del I Congreso internacional*, cit. p. 507.

mas análogos. Las dudas en ellos planteadas se han producido también entre nosotros. "¿No sería un bien jurídico de tanta importancia como el de la integridad de las instituciones públicas motivo suficiente para limitar en esta escasa –aunque trascendente– medida el derecho a la intimidad que, pese a ello, no vería alterado su contenido esencial?"<sup>23</sup>. Aunque el derecho a la intimidad tiene en el marco constitucional un rango preferente no puede prescindirse de las circunstancias del sujeto en orden a la delimitación de su ámbito y, muy especialmente, de si es o no público<sup>24</sup>.

El que se lanza a la vida pública debe ser consciente de que, al mismo tiempo que recibe prerrogativas y honores, viene sujeto a deberes y limitaciones que no afectan a los demás ciudadanos. Si entre estos deberes está las declaraciones de bienes (al acceder y cesar en un cargo público) y, para que esta cumpla la finalidad de garantizar la transparencia en su actuación y, por ende, la ética pública, es necesario la publicidad, no existe razón que justifique la limitación del derecho al acceso a los archivos y registros administrativos que reconoce el artículo 105 de la Constitución, para conocer cual era el patrimonio del político al ocupar y cesar en cargo público.

#### *b) Durante el cargo público*

Durante el desempeño del cargo público, el titular del órgano está sujeto a importantes limitaciones. Le está vedada la actuación, bien con carácter general o respecto de un asunto concreto.

#### *a') Incompatibilidades*

Las actividades prohibidas varían según se trate de altos cargos o de funcionarios. El grado de la incompatibilidad dependerá de las medidas en que la función exija una mayor o menor dedicación.

Las prácticas para solapar el sistema de incompatibilidades son tan simples y burdas como comunes. La fábrica, despacho, oficina o estudio del que era titular o miembro el que accede al cargo incompatible sigue funcionando con los demás, que procurarán divulgar –cuando no era ya notorio– la vinculación con aquél, o se confía a la mujer, hijos o correligionario. Como destaco en la semblanza de Niceto Alcalá-Zamora Torres, que he redactado para el tomo –*Académicos vistos por Académicos*– que va a editar la Academia de Ciencias Morales y Políticas, al referirse aquél en sus *Memorias* al cese en sus actividades profesionales para ocupar un cargo incompatible, decía que cerraba el despacho "en vez de entornarlo". Lo que pone de manifiesto

<sup>23</sup> Así, GARCÍA-MEXIA, *Reflexiones*, cit. p. 509.

<sup>24</sup> Sobre el problema, MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (análisis del art. 105.b), de la Constitución*, Ed. Civitas, 1993, p. 138; MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa Y procesos por difamación*, Madrid, 1988, pp. 152 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *La degradación del derecho al honor*, Ed. Civitas, 1993, pp. 54 y s.



que, como otras tantas corruptelas, no es de los políticos de hoy la práctica de dejar "entornadas" las puertas de los despachos, oficinas o estudios cuando salen por ellas para desempeñar un cargo incompatible.

*b') Deber de abstención*

El deber de abstención de los titulares de los órganos públicos ha sido siempre elemental garantía del principio de objetividad de la Administración pública. Siempre que por la relación del alto cargo o funcionario con la persona interesada en un procedimiento o con el asunto de que se trate, pueda suscitar dudas la imparcialidad de su actuación, deberá abstenerse de intervenir en él y, de no hacerlo, podrá promoverse su recusación.

*c) Al cesar en la función pública*

Quizás, tenga más importancia que las medidas adoptadas en orden a las conductas de los que acceden a la función pública durante el ejercicio de la actividad, las que prevén en orden a las conductas posteriores. Entre otras razones, porque el acceso a cargos bien remunerados en las grandes empresas suele ser la contraprestación de los servicios prestados durante el desempeño del cargo o función pública.

Cuando en 1950 se estaba estudiando en España la reforma de la sociedad anónima, Federico de Castro, en un excelente artículo, constataba así el hecho: "las cajas de los partidos, los órganos de opinión -hasta los nominalmente más anticapitalistas- están subvencionados por los grandes organismos financieros; los políticos y burócratas de primera fila son llamados a los Consejos de Administración, y a los menos importantes se les atrae con asesorías o remuneraciones indirectas. Este influjo sobre los servidores del Estado y el conocimiento previo de sus medidas hace que hasta los actos defensivos más enérgicos del Estado (Derecho de la economía) sirvan, a la postre, para aumentar el poder financiero"<sup>25</sup>. Al elaborarse el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955 sobre incompatibilidades de altos cargos, se propuso que la incompatibilidad no desapareciese en el momento del cese, lo que comenté diciendo que tampoco ello serviría de mucho, pues se hubiera buscado la fórmula de eludir el precepto<sup>26</sup>.

La LAC ha establecido la prohibición durante los dos años siguientes a la fecha de su cese. Pero la prohibición se limita a la realización de "actividades privadas relacionadas con expedientes sobre los que hayan dictado resolución en el ejercicio del cargo" y a "celebrar contratos de asistencia técnica, de servi-

<sup>25</sup> FEDERICO DE CASTRO, "¿Crisis de la Sociedad anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la sociedad anónima", *Revista de Estados Políticos*, núm. 49, p. 74.

<sup>26</sup> En *El administrado*, Madrid, 1966, pp. 70 y s.

cios o similares con las Administraciones Públicas" (art. 2º,4, párrafo primero, LAC), y cuando, además, reciban retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria como consecuencia de su cese, la prohibición de "intervenir en actividades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo ocupado", aunque renunciaran a la prestación económica (art. 2º,4, párrafo segundo, LAC).

Estas prohibiciones –que ya se encontraban en términos análogos en el artículo 25/83– son manifiestamente insuficientes.

### 3. Las formas y el procedimiento como garantía

#### *a) La sujeción al procedimiento de la acción administrativa*

La sujeción de la acción administrativa a determinadas formalidades, la necesidad de que la acción administrativa se realice a través de los cauces formales de un procedimiento ha sido siempre –y sigue siéndolo– una de las más firmes garantías del interés público. El procedimiento administrativo podrá cumplir otras finalidades –como la garantía de los derechos de los ciudadanos–. Pero es, ante todo, garantía de que la actuación del administrador va a dirigirse hacia el interés público, y, por tanto, garantía de un comportamiento ético.

Los administradores han tratado de eludir de estas garantías por dos vías. Por un lado, como vimos, huyendo del Derecho administrativo, para actuar en el ámbito del Derecho privado con la misma libertad que cualquier empresario que no maneja fondos públicos. Y, por otro, cuando no resulta posible escapar del Ordenamiento administrativo, reduciendo en lo posible formalidades y controles.

Examinamos, a grandes rasgos, el panorama que nos ofrece nuestra actualidad administrativa, tanto en las funciones de provisión de medios como en las de realización de fines.

#### *b) Funciones de provisión de medios*

La tónica general no ha sido otra que la señalada de eliminación de formalidades, tanto para la provisión de medios personales como de los materiales.

##### *a') Reclutamiento del personal*

A la hora de reclutar el personal, el objetivo principal no es otro que el de colocar a los parientes, amigos y, sobre todo, a aquellos de los que cabrá esperar una lealtad férrea.

La primera vía ha sido, lógicamente, la de crear cargos de confianza, o supuestos cargos de confianza, a los que poder acceder

libremente. Pero, naturalmente, por grandes que sean las esperanzas de perpetuarse en el disfrute del poder, siempre existe el temor de su límite temporal. Suponía volver, al menos respecto de ciertos puestos –por muchos que fueran– al “sistema de botín”, que rigió en nuestra Administración –y en todas las Administraciones– hasta la estructuración de la función pública sobre bienes objetivos. Al fin y al cabo, en el sistema había un fondo de equidad: en el botín iban participando sucesivamente los fieles de cada partido, a medida que llegaba al Poder.

Pero el “sistema de botín” respondía a otras épocas. Ahora, ya no basta con usufructuar un puesto público durante una temporada, para acabar en la triste figura del cesante, que tanta relevancia tuvo en la literatura de la época. Es necesario garantizar la permanencia, o, al menos, una salida lucrativa, aunque ésta solo sea posible muy limitadamente: para aquellos que tengan acceso a los “fondos reservados” o para los que llegaran a ocupar puestos en empresas públicas a través de contratos “blindados” análogos a los que existen en la empresa privada.

Por ello, se trata de garantizar la permanencia de la relación de empleo por otras vías: la principal no ha sido otra que la degradación de las pruebas de selección del personal. El fenómeno es de sobra conocido. Basta con sustituir las pruebas de las oposiciones tradicionales con otras que pueda superar cualquier, permitiendo al Tribunal elegir que quiera.

#### *b') Provisión de medios materiales*

Si en los procedimientos para la selección de personal, el objetivo es permitir el acceso a los adictos, en los de provisión de medios no es otro que nutrir las cajas de los partidos y/o el patrimonio del político de turno, adjudicando los contratos al que está dispuesto a ello.

El camino es paralelo: aumentar la discrecionalidad. Los supuestos en que es preceptiva la subasta, se reducen a favor del concurso-subasta, los de concurso-subasta a los de concurso. Y, por último, se aumentan los de adjudicación directa. Todo ello relegando en lo posible las funciones de la Intervención.

#### *c) Funciones de realización de fines*

Por su naturaleza, el ámbito de la discrecionalidad –y, por tanto, de riesgo de arbitrariedad– es muy superior. Los cauces formales, por lo general, no pueden llegar más allá de instaurar unos trámites de audiencia de entidades o corporaciones, o de informaciones públicas que permitan hacer realidad el mito de la participación ciudadana.

Pero lo cierto es que, al final, es la política, pura política en su más peyorativa acepción, la que acabará decidiendo. No en razón a los intereses públicos, nacionales o regionales. Sino en motivos de muy distinto valor. Y se cambian los trazados de una autopista por la acción violenta de grupos terroristas. O el emplazamiento de un campo de tiro o de una cárcel por contingentes intereses electorales. O el destino de unas subvenciones a favor del Municipio regido por unos políticos afines en perjuicio de otros que más lo necesitan.

#### **IV.**

### **Medidas represivas**

#### **1. La reacción frente a los actos contrarios a la ética**

Si el Ordenamiento jurídico ha acogido el deber ético infringido, el acto en que se concreta no será válido, y podrá hacerse valer la anulabilidad o nulidad de pleno Derecho en que incurra a través de los cauces procesales que el Ordenamiento jurídico prevé, con las dificultades que ello conlleva, sobre todo cuando bajo la apariencia de ilegalidad el vicio en que incurre es la desviación de poder, esto es, en términos del artículo 83.3, LJ, "el ejercicio de potestades distintas para los fines previstos por el Ordenamiento jurídico".

Más cuando se trate de reaccionar frente a comportamientos no éticos, tan importantes como las medidas para borrar de la realidad el acto, están las encaminadas a exigir las responsabilidades en que hubiera podido incurrir la persona a la que puede imputarse.

Se da aquí una importante distinción entre políticos y funcionarios. Mientras que respecto de éstos existe un régimen disciplinario en el que se tipifican como faltas sancionables las transgresiones éticas más importantes, respecto de aquéllos tan solo en la LAC se prevé un régimen de sanciones por las infracciones de las normas que la propia ley establece, y, por supuesto, como era lógico, sin la gravedad de las previstas para los funcionarios. Pese a que las consecuencias de los comportamientos éticos son más graves en aquéllos.

#### **2. Medidas administrativas**

Al examinar los supuestos más característicos de comportamientos no éticos, fui haciendo referencia a las faltas en que quedaban tipificados. Cuando éstos se califican de graves pueden sancionarse con el traslado de residencia y la suspensión de

funciones (art. 16, Reglamento de régimen disciplinario), y hasta con la separación del servicio en el supuesto de faltas muy graves (art. 15 del mismo Reglamento).

Respecto de los Altos Cargos, las sanciones que la Ley 12/1995 prevé por las faltas graves y muy graves es "la declaración y publicación del incumplimiento de la Ley y la publicación de esta declaración en el *BOE*" (art. 12, LAC) y la imposibilidad de ser nombrado el sancionado para Altos Cargos por un periodo de entre tres y diez años (art. 13, LAC). Si tenemos en cuenta que el órgano competente para incoar el procedimiento es el Consejo de Ministros si el infractor es miembro del Gobierno o Secretario de Estado y del Ministerio para las Administraciones públicas en los demás casos, a los que se reserva asimismo la competencia para la imposición de sanciones, según los casos (art. 16, LAC), comprenderemos cual ha sido la finalidad real perseguida por esta Ley. Lo que, por otro lado, es lógico. Porque las sanciones disciplinarias tienen sentido respecto de los funcionarios. Para los que la Ley llaman "Altos Cargos" están las responsabilidades políticas.

### 3. Medidas penales

Para ciertos comportamientos la conciencia social exige la condena penal. Los comportamientos no éticos pueden ser de tal trascendencia, que el Ordenamiento jurídico debe reaccionar a fin de que, aparte de cualquier otro tipo de responsabilidad a que pudieran dar lugar, se sancionen penalmente.

Cuando la LAC establece las sanciones al incumplimiento de los deberes que en ella se establecen, deja a salvo "las exigencias de las demás responsabilidades a que hubiere lugar" y "si las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, pasará el tanto de culpa al Fiscal General del Estado y se abstendrá a seguir el procedimiento mientras por la autoridad judicial no se dicte resolución" (art. 12). Norma análoga a la que establece respecto de los funcionarios su legislación específica (art. 23, Reglamento de régimen disciplinario).

Ahora bien, cuando se ha intentado subsumir las diversas manifestaciones de la corrupción en alguno de los delitos clásicos de los servidores públicos, se han puesto de manifiesto las enormes dificultades que la tarea encuentra.

Se trata de superar esta situación introduciendo en las legislaciones penales figuras delictivas que se correspondan con las infinitas formas de conducta que, derrochando una imaginación que mejor querríamos ver utilizada en otros ámbitos, adoptan los servidores públicos para conseguir sus bastardos fi-

nes. Las más de las veces, estas modificaciones de la Ley penal, dadas a conocer a través de aparatosos medios de publicidad, no tienen otra finalidad que embaucar a ciertos sectores de la opinión pública –muy propicios a dejarse embaucar–, sobre todo en períodos electorales. Como asimismo responden a finalidades en momentos muy oportunos para los políticos, el procesamiento y hasta la detención espectacular de alguna personalidad.

Pero, quizás –y sin quizás–, la impunidad de la corrupción y en general de los actos delictivos de los políticos tiene su causa en los privilegios de que gozan. A la corrupción penable se añade la conducta corrupta al utilizar tales privilegios.

#### 4. La responsabilidad patrimonial

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Este elemental principio del artículo 1.902 del Código se aplica a todos. No existen excepciones. Y la responsabilidad directa de las autoridades y funcionarios se reguló en la Ley de 5 de abril de 1904 y su Reglamento de 23 de septiembre del mismo año, con algunas peculiaridades en orden al órgano judicial al que le atribuía competencia –que suponían un mayor grado– y al procedimiento.

La nueva regulación contenida en la LRJPA suscitó dudas acerca de la subsistencia del procedimiento para que el que hubiera sufrido el daño pudiera dirigirse directamente frente a la autoridad o funcionario responsables. Quizás, fuera esta la intención de los parlamentarios: evitar procesos civiles en que pudieran verse envueltos por la demanda de un ciudadano que, por la solvencia del responsable –quizás, producto de la corrupción– o mayores facilidades, prescindiera de la acción frente a la Administración. Pero el texto de la Ley permite la interpretación favorable a la subsistencia de la vigencia de la Ley de 1904, interpretación que es congruente con los principios fundamentales, permitiendo evitar el enriquecimiento injusto del político corrupto<sup>27</sup>.

## V.

### Epílogo

No se cambia la sociedad por decreto, se ha declarado<sup>28</sup>. Ni por la intervención de la Administración pública. Y lo que está exigiendo la degradante situación del mundo que nos ha tocado vivir es “una radical renovación personal y social capaz de ase-

<sup>27</sup> Así en mi trabajo, en colaboración con GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, 2ª ed., 1994, pp. 1483 y ss.


Ha de reconocerse que la doctrina mayoritaria estima lo contrario y considera que el art. 145.1, LRJPA ha despejado las dudas existentes sobre la vigencia de la Ley de 5 de abril de 1904. Así, BLASCO, “La responsabilidad de la Administración”, en la ob. col. *Comentario sistemático a la LRJPA*, Madrid, 1993, pp. 435 y ss.; FUERTES SUÁREZ, “Responsabilidad de las Administraciones Públicas”, en la ob. col. *Administraciones Públicas y ciudadanos*, Barcelona, 1993, p. 816. Y GARRIDO Y FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de las Administraciones públicas*, Ed. Civitas, 1993, pp. 356 y ss., plantean dudas sobre la subsistencia de la posibilidad de dirigir directamente la acción contra el personal.

Se pronuncian por la vigencia de la Ley de 1904 y la subsistencia de la posibilidad de exigirse la responsabilidad de los titulares de los órganos por los funcionarios, LEGUINA, en la ob. col. (dirigida por LEGUINA y SÁNCHEZ MORÓN), *La nueva LRJPA*, Madrid, 1993, p. 407, y PARADA, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, 1993, p. 453.

<sup>28</sup> Es el título de la obra de CROZIER, traducida al español por PRATS y publicada por el INAP en 1984.

gurar justicia, solidaridad, honestidad y transparencia". Así lo proclama la Encíclica "Veritatis Splendor" (par. 98), al mismo tiempo que reconoce que "es largo y fatigoso el camino que recorrer" y "muchos y grandes los esfuerzos por realizar".

Pero si la Administración solo puede mínimamente contribuir a tal renovación, por lo menos podemos pedirle que no la obstaculice ni agrave la situación que se trata de superar. Que es lo que, según hemos podido comprobar en el recorrido que hemos hecho de las distintas formas de actividad administrativa, vienen haciendo nuestro administradores.

Es necesario que los valores morales vuelvan a ser orientadores de la acción administrativa. En la medida que se haya realizado una regeneración en la sociedad se habrá logrado la de la Administración. Pues de la sociedad proceden los hombres -y mujeres- que asumen las gestiones de los intereses públicos. 

#### **Abreviaturas utilizadas:**

- LAC = Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y Altos Cargos.
- LIP = Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de la Administración pública.
- LFC = Ley de Funcionarios Civiles (texto articulado de 7 de febrero de 1964).
- LRFP = Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.
- Cp = Código penal.

## Valoración global da Lei 29/1994, de arrendamentos urbanos\*

Director da EGAP.  
Profesor titular de dereito civil  
da Universidade de  
Santiago de Compostela

**Domingo Bello Janeiro**

### 1. Preliminar

\* O texto orixinal que coas debidas adaptacións ó texto escrito, constitúe o presente traballo, foi o contido das conferencias pronunciadas durante o mes de xaneiro de 1995 nos ilustres colexios de avogados de Pontevedra, Ferrol, Ourense e Lugo, con ocasión das "Xornadas sobre a nova Lei de arrendamentos urbanos", organizadas pola Escola Galega de Administración Pública en colaboración cos mencionados colexios.

A elaboración dun novo texto normativo que regulase a situación creada polos contratos de arrendamentos urbanos era, sen ningunha dúbida, unha das cuestións máis complexas que tiña pendentes o lexislador, entre outras razóns pola distinta natureza dos intereses en conflito que, desde logo, se encontran enfrontados e que son ben heteroxéneos posto que a realidade sobre a que actúa é moi diferente e complicada.

Por todo isto resultaba, en consecuencia, extremadamente difícil ofrecer unha solución de conxunto que satisfacesse tódolos intereses en xogo, como se evidencia de que non por casualidade o texto normativo ata hai pouco tempo vixente databa de 1964 e só fora modificado trala entrada en vigor da Constitución en 1978 polos dous breves artigos, se ben con ampla repercusión, do Real decreto lei 2/85, sobre medidas de política económica.



O dito Real decreto lei de 1985, segundo se sinala no Pre-ámbulo desta Lei 29/1994, de arrendamentos urbanos, tivera resultados mixtos posto que, se ben detivera en parte a caída do volume de vivendas en alugueiro, que era a súa pretensión, sen embargo tamén xerou unha enorme inestabilidade no mercado, ó dar lugar a contratos de moi curta duración, o cal, ademais, incrementou de forma considerable a renda dos alugueiros, o que, en fin, se viu agravado pola súa simultaneidade no tempo cun período de elevación dos prezos no mercado inmobiliario.

Ante esta perspectiva, o Goberno levaba, segundo din, practicamente desde o ano 1982 traballando na elaboración dun corpo normativo xeral, non puntual como o mencionado real decreto lei, que substituíse dunha maneira íntegra o réxime normativo ata agora en vigor representado polo citado Texto refundido da Lei de arrendamentos urbanos aprobado polo Decreto 4.104/1964, do 24 de decembro.

Con tal finalidade remitiulles na lexislatura pasada ás Cortes Xerais un proxecto de lei, publicado no Boletín Oficial das mesmas o 30 de decembro de 1992, que non foi aprobado finalmente na anterior IV Lexislatura como consecuencia da disolución das Cámaras con motivo das eleccións do 6 de xuño de 1993 e que, no substancial, aínda que mellorado sensiblemente, non difire do Anteprojecto que o Ministerio de Obras Públicas e Transportes conxuntamente co de Xustiza volveu presentar para a súa aprobación polo Goberno, que se realizou no Consello de Ministros do día 28 de xaneiro de 1994, e se publicou no *Boletín Oficial de las Cortes Generales* o 21 de febreiro, dando lugar, tras unha complexa tramitación parlamentaria que alterou algún dos seus extremos, á presente Lei 29/1994, do 24 de novembro, publicada no *Boletín Oficial del Estado* o 25 de novembro e sobre a cal centraremos-lo presente traballo.

## **2. Competencia para legislar en materia arrendaticia**

De acordo coa súa disposición final, a nova Lei de arrendamentos urbanos promúlgase ó abeiro do artigo 149/1/8 da Constitución, o que parece implicar competencia exclusiva do Estado en materia de dereito civil e, polo tanto, lexislación de arrendamentos urbanos uniforme para todo o territorio español sen posibilidade, polo menos en principio, de exercicio de competencias propias por parte das comunidades autónomas.

Na marxe da dubidosa oportunidade de incluí-la dita declaración nunha lei reguladora dos arrendamentos urbanos, tal

punto de partida non deixa de ser discutible desde unha perspectiva estritamente constitucional posto que a Constitución só lle atribúe a facultade lexislativa ó Estado sobre as bases das obrigas contractuais, podendo, no demais, en aspectos non básicos ou en desenvolvemento das bases, legisla-las comunidades autónomas que nos seus estatutos asumisen a dita competencia, (Sentencia do Pleno do Tribunal Constitucional 87/1989, do 11 de maio, *Boletín Oficial do Estado*, do 13 de xuño) aínda que é ben certo que ningunha delas levou a cabo tal asunción de competencia de desenvolvemento no seu Estatuto e tampouco puxeron en dúbida a competencia estatal para legislar sobre arrendamentos urbanos.

En efecto, ó Estado correspóndelle en exclusiva a competencia para legislar sobre as bases, os aspectos ou criterios básicos, centrais ou nucleares das obrigas contractuais, segundo precisou o Pleno do Tribunal Constitucional (Sentencia 32/1981, do 28 de xullo, *BOE* do 13 de agosto) isto é, polo que aquí concerne, da regulación dos aspectos esenciais do contrato de arrendamento urbano.

Trátase con isto, en termos globais, de asegurar, de cara a intereses xerais superiores ós de cada Comunidade Autónoma, un común denominador normativo a partir do cal cada comunidade, en defensa do propio interese xeral, poderá establecer as peculiaridades que lle conveñan dentro do marco de competencias que a Constitución e o seu Estatuto lle atribuísen sobre aquela mesma materia básica, como tamén matizaron as sentencias do Pleno do Tribunal Constitucional 1/1982, do 28 de xaneiro, *BOE* do 26 de febreiro; 48/1988, do 22 de marzo, *BOE* do 12 de abril e 248/1988, do 20 de decembro, *BOE* do 13 de xaneiro de 1989.

Así, a pesar de que o Pleno do propio Tribunal Constitucional noutras ocasións insiste en afirmar que a regulación da materia contractual e o contido dos contratos lle corresponde *en exclusiva* ó Estado (sentencias 71/1982, do 30 de novembro, *BOE* do 29 de decembro e 62/1991, do 22 de marzo, *BOE* do 24 de abril) e que as comunidades autónomas non poden dicar normas en desenvolvemento das bases que impliquen un *novum* no contido contractual (Sentencia 88/1986, do 1 de xullo, *BOE* do 22 de xullo) tamén se coída de advertir que o Estado non pode regular tan minuciosamente as bases que non lles quede ningún campo ás comunidades autónomas (sentencias 179/1985, do 19 de decembro, *BOE* do 15 de xaneiro de 1986 e 158/1986, do 11 de decembro, *BOE* do 31 de decembro).

En efecto, malia a difícil interpretación que entraña o repar-

timento de competencias ó abeiro do tan citado artigo 149/1/8 do texto constitucional, ó teor do cal se ha de admitir, de acordo coa última doutrina constitucional, a competencia autonómica tamén sobre as institucións conexas co seu dereito civil propio (sentencias do Pleno do Tribunal Constitucional 88/1993, do 12 de marzo, *BOE* do 15 de abril e 156/1993, do 6 de maio, *BOE* do 26 de maio) e normas rexionais ou locais consuetudinarias (sentencias do Pleno do Tribunal Constitucional 121/1992, do 28 de setembro, *BOE* do 29 de outubro; 182/1992, do 16 de novembro, *BOE* do 18 de decembro e 88/1993, do 12 de marzo, *BOE* do 26 de maio) dentro das que non figura a Lei de arrendamentos urbanos, que foi considerada unha das leis especiais recibidas en Navarra (sentencias do Tribunal Superior de Xustiza de Navarra do 12 e 21 de marzo de 1992, *Aranzadi* 6192 e 6193), non parece que se poida pór en cuestión a competencia exclusiva do Estado polo menos sobre os caracteres básicos do contrato arrendaticio.

En consecuencia, non pode por menos que recoñecerse que na marxe das bases das obrigas contractuais que, en todo caso, lle corresponden á competencia exclusiva do Estado, é dicir de aspectos básicos tales como a duración dos contratos, a contía das rendas ou o procedemento (para o que, ademais, existe un título competencial no artigo 149/1/6 da Constitución española), no demais, en aspectos non básicos ou en desenvolvemento das bases, poderían legisla-las comunidades autónomas, polo menos aquelas que nos seus estatutos asumisen tal competencia.

En tanto en canto ningunha comunidade autónoma asumiu tal competencia de desenvolvemento das bases das obrigas contractuais nos seus estatutos de autonomía, e salvo modificación dos mesmos en tal sentido, o título competencial para dictar normas en materia arrendaticia ben pode ser, nos arrendamentos para uso distinto de vivenda, a competencia de defensa dos consumidores e usuarios (así, artigo 30, alínea I, parágrafo 4º do Estatuto de autonomía de Galicia) e, para o resto, a competencia sobre vivenda asumida por tódalas comunidades autónomas con base no artigo 148/3 da Constitución (artigo 27/3.E do Estatuto galego, *verbi gratia*) en virtude do cal se dictou, por exemplo, a Lei catalana 24/1991, do 29 de novembro, de vivenda, con abundantes referencias no seu articulado á propia regulación dos contratos de arrendamentos (artigos, entre outros, 16 e 24).

En calquera caso, a cuestión competencial, para concluír este epígrafe, aínda sendo controvertida, pode considerarse resol-

ta no ámbito galego posto que non parece que vaia ser posta en cuestión pola dita Comunidade Autónoma a diferenza do que aconteceu en materia de arrendamentos rústicos en que, de modo coincidente coa Lei 1/1987, do 12 de febreiro estatal, se lles deu solución temporal ós chamados arrendamentos históricos a través da Lei galega 2/1986, do 10 de decembro, que, ó ser declarada polo Pleno do Tribunal Constitucional, en Sentencia 182/1992, do 16 de novembro, BOE do 18 de decembro, acomodada á Constitución con base nunhas competencias legislativas da Comunidade Autónoma de Galicia, permitiu aproba-la Lei 3/1993, do 16 de abril, das parcerías e mais dos arrendamentos históricos tamén de Galicia.

### **3. Disposicións comúns: aspectos procedementais e fianza**

Centrándonos xa no contido da normativa de arrendamentos urbanos prevista, nunha primeira aproximación xenérica, habería que destaca-la reforma na tramitación dos procedementos arrendaticios, que instaure con carácter xeral a competencia territorial, no artigo 38 da lei, co procedemento básico de cognición e de desafuzamento para algúns casos no artigo 39, mantendo a necesidade de estar ó corrente no pagamento das rendas para a vía dos recursos (disposición adicional quinta, número dous, que modifica os artigos 1566 e 1567 da Lei de axuizamento civil).

A modificación en materia procesual, globalmente acertada, caracterízase basicamente por dous aspectos:

1º) A drástica limitación do dereito de enervación do que agora dispón o arrendatario mediante o pagamento ou consignación de rendas en desafuzamentos por falta de pagamento, que se suprime cando xa se producise outra anteriormente ou cando o arrendador require, de xeito fidedigno, o arrendatario para o pagamento con catro meses de antelación á presentación da demanda e isto tanto en vivenda coma noutros arrendamentos de predios urbanos habitables en que se realicen actividades profesionais, comerciais ou industriais, segundo se sanciona no número 1) da disposición adicional quinta da lei que modifica o artigo 1563 da Lei de axuizamento civil, alterando o réxime da consignación.

Preténdese con isto evita-la posibilidade de que o inquilino se dedique ó xogo de deixar de pagar, ser demandado, pagar, e así sucesivamente, polo que, aínda cando a nova normativa puidese significar, en relación co dereito anterior, un certo

aumento do desequilibrio das partes en prexuízo do arrendatario, sen embargo parece evidente que as excepcións previstas á enervación da acción van supor un aumento da seguridade xurídica e a conseguinte restricción dos tradicionais abusos cometidos polos arrendatarios (*Vid.* respecto de tales excesos, entre as últimas sentencias das audiencias provinciais de Toledo, Sección 2ª, do 26 de xaneiro de 1993, *Actualidad Civil* (AC) 935/1993; Pontevedra, Sección 1ª, do 25 de febreiro de 1993, AC 866/1993 e Alacante, Sección 5ª, do 5 de marzo e 7 de abril de 1993, AC 837 e 947/1993 respectivamente).

2º) O establecemento dun limitado recurso de casación que vai poder existir en sentencias dictadas nos procesos suscitados con ocasión de contratos realizados ó amparo da nova lei polos trámites do xuízo de cognición en determinados casos onde haxa disconformidade entre o xuíz de Primeira Instancia e a Audiencia Provincial, establecéndose a inadmisión do recurso de casación se non se alcanza a contía requirida para esta clase de recursos nos declarativos ordinarios, salvo que se trate de arrendamento de vivenda, en que abondará con que a contía exceda dun millón e medio de pesetas, segundo se especifica no número 3) da disposición adicional quinta.

Esta previsión, que posibilita o recurso de casación fronte a sentencias dictadas polas audiencias provinciais cando non fosen conformes coas sentencias de Primeira Instancia, encóntrase na liña da Lei 10/1992, do 30 de abril, de medidas urxentes de reforma procesual, que lle dá nova redacción ó artigo 1687 da Lei de axuizamento civil, exceptuando precisamente do recurso de casación, no número 1º, letra b) do mentado precepto, os ditos supostos en que as sentencias de apelación e de primeira instancia sexan conformes tendo este carácter aínda que difiran no relativo á imposición das custas e na mesma dirección das cales se produce a Lei de arrendamentos que modifica o teor do citado art. 1687 no seu parágrafo 3º a través do mencionado número 3) da disposición adicional quinta.

Así mesmo, estimamos correcto que se estableza, na dita disposición á que vimos facendo referencia, como requisito suficiente para acceder á casación, unha suma de diñeiro mínima –dun millón e medio de pesetas de contía litixiosa para os arrendamentos de vivenda–, o cal, segundo precisou o propio Tribunal Constitucional, de ningún modo é contrario ó principio de igualdade do artigo 14 da Constitución, dado que a fixación dun límite cuantitativo responde a criterios obxectivos, de reserva-la intervención do Tribunal Supremo a determinados asuntos en función de diferentes factores como pode se-la impor-

tancia económica do discutido (autos 217/1983, do 18 de maio e 238/1983, do 25 de maio).

Se nos centramos xa no segundo aspecto mencionado, a regulación da fianza, hai que dicir que, aínda que a Lei de arrendamentos urbanos se empeña, desde sempre, en utilizar tal termo, nada ten que ver coa figura concreta de garantía que baixo o dito epígrafe, fianza, se regula no Código civil, consistente en obrigar un terceiro para o caso de que o debedor principal non pague, non cumpra a súa obriga, xa do que se trata na Lei de arrendamentos é de que o propio debedor, arrendatario, garanta o cumprimento das súas obrigas adiantándolle á outra parte unha cantidade de diñeiro.

Non é posible tecnicamente, pois, ser asemade debedor e fiador da mesma débeda como pretende a Lei de arrendamentos urbanos ó utiliza-lo termo fianza para referirse ó que non deixa de ser en realidade un peñor, irregular, de diñeiro, que estriba en que o numerario consignado polo debedor pasa inmediatamente á titularidade do acredor, pignoraticio, quen, á súa vez, se converte en debedor de cantidade, coa obriga de devolver outro tanto do mesmo se, á extinción do contrato, non existe incumprimento das obrigas contractuais.

Trátase, ademais, dun modo fácil de financiamento público sen interese para levar a cabo a política de vivenda que estimen convenientes as comunidades autónomas, pois estas, segundo a disposición adicional terceira, poden establecer –e en realidade xa o fixeron practicamente todas– a obriga de que os arrendadores depositen o importe desa fianza, sen percepción de interese, a disposición do ente público que se designe ata a extinción do contrato, aínda que esta declaración sobre a distribución competencial entre o Estado e as autonomías resulte, moi posiblemente, fóra de lugar nunha lei de arrendamentos urbanos.

Así pois, funcionalmente, a denominada fianza cumpre a dupla misión, de constituír, por unha parte, unha garantía para o arrendador do correcto cumprimento das obrigas arrendatarias por parte do arrendatario e, por outro lado, de ser un ingreso público co que se pretende dotar dunha liquidez adicional os organismos autonómicos competentes en materia de vivenda, aínda que sexa a forza de obriga-los arrendadores a levarlle o metálico recibido en concepto de fianza ó ente que proceda, privándoos da súa dispoñibilidade material e, como se dixo, do interese que poderían obter valéndose de calquera das opcións financeiras posibles.

Analizando máis polo miúdo a previsión legal, o primeiro aspecto para destacar da regulación da mal chamada fianza é

que, tras distintas vacilacións, ó final prevaleceu o seu carácter preceptivo e, así, o artigo 36 comeza advertindo que “para a realización do contrato será obrigatoria a esixencia e a prestación de fianza”, engadindo, ademais, a necesidade de que sexa en metálico nunha cantidade como mínimo dun mes no arrendamento de vivenda e de dous no resto.

Como se ve, a diferenza da normativa procedente de 1964, na nova lei non reciben un tratamento diferenciado ou específico as vivendas amobladas, o cal, sen embargo, segue existindo nas leis ou decretos sobre fianzas de Cataluña, Aragón e Andalucía, que esixen que o mínimo de fianza sexa de dúas mensualidades en caso de vivenda alugada con mobles e que, ó meu entender, se deberán de adecuar á nova regulación, que só distingue segundo o arrendo sexa de vivenda ou non sen máis precisións, establecendo unha contía mínima dun ou dous meses.

Esta fixación dunha cantidade como mínimo e non en tanto que máximo acredita que claramente se trata dun beneficio concedido a prol exclusivo do arrendador, para satisfacer o seu interese de que as obrigas arrendaticias sexan exacta e fielmente cumpridas polo arrendatario e é por iso, porque atende un interese propio, polo que estimo que, a pesar do ton imperativo do precepto, en que insiste o artigo 4/1 e, incluso, a consideración da falta do seu pagamento como causa de resolución, malia todo, o arrendador acredor pode renunciar a tal fianza.

Á validez desa renuncia non se lle pode opor que prexudica o dereito de terceiros, neste caso a entidade pública que debe recibila, pois o dereito da Administración autonómica (o Instituto Galego da Vivenda e Solo) consiste en que o arrendador ingrese a cantidade que corresponda en concepto de fianza, pero nada máis, resultándolle indiferente por completo cál sexa o patrimonio de procedencia do metálico e se a obriga de fianza a cumpriu o arrendatario debedor; isto é, se o depósito procede do propio patrimonio do arrendador ou se, pola contra, é a cantidade que a el mesmo, como arrendador, lle entregou con anterioridade e contraparte en calidade de fianza.

Nin sequera a Administración dispón fronte ó arrendatario de acción para reclamarlle o pagamento da fianza en caso de que non a ingrese o arrendador, pois este é o único sobre o cal recae a obriga, poñéndose en marcha, do contrario, o oportuno mecanismo sancionador para reclama-lo que se debe e un sobresoldo en concepto de multa.

Polo tanto, nin a orixe legal nin a redacción imperativa nin a inclusión da ausencia do pagamento do seu importe como causa de resolución nin tan sequera a obriga de deposita-la can-

tidade percibida en concepto de fianza impiden, en teoría e desde un punto de vista exclusivamente civil, que a mesma, a fianza, poida ser renunciada polo arrendador acredor.

Agora ben, quizais isto, a renuncia a esixi-la fianza, non se presente con moita frecuencia ou nunca na práctica pois non cabe ningunha dúbida de que sobre o arrendador, con todo, pesa sempre a obriga de ingresar nas arcas públicas transitoriamente, ata a extinción do contrato e sen percibir ningún interese, a cantidade mínima dun ou dous meses de renda que se esixe en concepto de fianza pola nova lei segundo se trate de arrendamento de vivenda ou para usos distintos.

Estes entes públicos, designados polas comunidades autónomas, en virtude da competencia en materia de vivenda que todas elas asumiron nos seus respectivos estatutos, reciben tal cantidade en depósito, sempre sen intereses, coa posibilidade de dispor da mesma para aplicárllela ós usos que estimen oportunos, pois só veñen obrigados a devolvela no momento de extinción do contrato, percibindo unicamente interese legal pola demora se transcorre un mes sen restituírlle a fianza ó arrendador unha vez extinguido o contrato e, aínda que a lei non o di, loxicamente, a partir do momento en que se lle comunica ó organismo público tal extinción contractual polo que se solicita a devolución do ingreso.

Por outra parte, en canto a esa cantidade como mínimo da fianza, dun ou dous meses de renda, esíxese que sexa en metálico, o cal é criticable por ocasionar un indubidable risco e non ser precisamente moi operativo naqueles casos en que se trate de cantidades de certo relevo.

Ademais, permítese na nova lei, no último número do artigo 36, a posibilidade de pactar outras garantías adicionais á fianza en metálico, en forma de aval, persoal ou bancario, sendo a dita previsión absolutamente inútil e superflua pois nada lle engade ó que é posible facer ó amparo do Código civil na medida en que permite incluír outras garantías de modo adicional e non en substitución da fianza en metálico, que, segundo o lexislador, é obrigatoria, aínda que sobre isto xa falamos con anterioridade.

Polo demais, considérase que durante os cinco primeiros anos de duración do contrato (que, segundo se verá, e con algúns matices, é o mínimo legal para os arrendamentos de vivenda, o cal posiblemente figure na lei porque no proxecto, este artigo sobre a fianza incluíase dentro do título relativo ós arrendamentos de vivenda, pero que agora non ten moito sentido nas disposicións comúns), durante eses cinco anos, repito, a



fianza non estará suxeita a actualización, podendo esixirse, en cada prórroga, un incremento ou diminución ata facerse igual á mensualidade de renda vixente.

A continuación, advírtese que se procederá á actualización naqueles contratos en que se pactase un tempo superior ós cinco anos, pero só nos anos fóra do mínimo legal, e de conformidade cos acordos das partes, presumíndose, no seu defecto, querido o pactado sobre actualización de renda.

#### 4. Obxecto da Lei

Concretando máis a nosa exposición, un dos primeiros aspectos que se destaca para calquera intérprete na lei actual é que en ningún artigo se contén unha delimitación do seu obxecto, do contrato a que se refire tal regulación, de maneira que, como veu declarando o Tribunal Supremo, a Lei de arrendamentos urbanos –e, tamén, a nova– regula a situación arrendaticia que crea o contrato de arrendamento e non a constitución da relación obrigacional, o contrato mesmo (Sentencia do Tribunal Supremo do 1 de xullo de 1966, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* –Aranzadi– 4.165).

Así, pois, a definición do contrato de arrendamento aparece no artigo 1.543 do Código civil, na virtude do cal “no arrendamento de cousas, unha das partes está obrigada a darlle á outra o gozo e mailo uso dunha cousa por tempo determinado e prezo certo”, sen que, en ningún caso, se requira o cumprimento de certos requisitos formais, segundo se avisa no preámbulo cando sinala que “a lei mantén a liberdade das partes de optar pola forma oral ou escrita”, de modo ben diverso das modernas leis arrendaticias do noso contorno.

Nisto diferénciase, por poñer un exemplo ben próximo e recente, da regulación contida no Decreto-lei portugués, n.º 321-B/90, do 15 de outubro de 1990, que non só define o contrato de arrendamento urbano no artigo 1º da lei (“*contrato pelo qual uma das partes concede a outra o gozo temporário de um prédio urbano, no todo ou em parte, mediante retribuição*”) senón que, ademais, esixe a súa realización por escrito, neste deben de constar determinadas mencións obrigatorias sendo o incumprimento de tales requisitos de forma sancionado co sometemento do contrato a un determinado réxime de renda favorecedor dos intereses do arrendatario (artigo 7).

De maneira análoga, con algunhas variantes, existe unha regulación semellante en Francia (artigo 3, da Lei n.º 89-462, do 6 de xullo de 1989) ou en Suíza (artigos 253 e 266, do Código

de obrigas modificado por Lei do 15 de decembro de 1989) mentres que, pola contra, na nosa lei actual, como adiantamos, non só non se define o contrato de arrendamento senón que non existe ningunha esixencia formal máis alá da necesaria constancia pública para os arrendamentos que pretendan acceder ó Rexistro da Propiedade –necesaria, por exemplo, para as vivendas de protección oficial–.

Perdeuse, pois, unha boa oportunidade de esixir un contido mínimo e unha determinada forma como garantía de seguridade e de protección xurídica.

Isto, a forma, ten certa relevancia e non só xa para os efectos de preconstituír unha proba, do contido obrigacional do contrato e da súa data, tanto máis transcendente canto que recae sobre o arrendatario, segundo o artigo 9, a proba da data da posta a disposición do inmovible, que é o momento inicial de vivencia do cómputo de duración do arrendamento de vivenda se tal data é posterior á do contrato, senón tamén para verificalo coñecemento e o consentimento de ámbalas dúas partes sobre os distintos extremos do contrato, de singular importancia tanto pola diferente posición, de poder, dos contratantes nalgunhas ocasións canto pola ampla marxe da autonomía da vontade que se concede na lei en diversos aspectos, e no só xa no arrendamento para usos distintos do de vivenda, que parte da máis ampla liberdade de pacto entre as partes.

Así, como tamén se irá vendo, a prórroga obrigatoria do arrendamento de vivenda ata cinco anos como mínimo non opera, segundo se especifica no número 3 do artigo 9, se o arrendador fai constar, de forma expresa, o tempo de realización do contrato, que antes dos tales cinco anos vai necesita-la vivenda para si mesmo.

Igualmente, o arrendador pode impor como condición no contrato que o arrendatario pague tódolos gastos para o sostemento do inmovible e que ademais estes se incrementen cada ano, como se pode deducir da dicción do número 1 do artigo 20.

Trátase, probablemente, de fórmulas indirectas para promover que o contrato conste por escrito, pero o certo é que non se impón ningunha forma especial.

A tal conclusión non se opón en ningún modo o Código civil, cando –no artigo 1280– esixe que os arrendamentos de inmovibles por seis ou máis anos, sempre que deban prexudicar a terceiro, consten en documento público e que figuren por escrito, aínda que sexa privado, os demais contratos en que a contía das prestacións dun dos contratantes exceda de 1.500 pesetas, pois tales formas non son requiridas para a validez do

contrato de acordo coa reiterada xurisprudencia legal (por todas, sentencias do Tribunal Supremo do 24 de maio de 1980, *Aranzadi*, 1964 e do 20 de abril de 1981, *Aranzadi*, 1658), de modo que a esixencia do Código civil só supón que os contratantes se poderán compeler reciprocamente a encher aquela forma segundo di o artigo 1279.

Pois ben, segundo facilmente se pode deducir, sería, é, desde o punto de vista técnico-xurídico, absolutamente superfluo, inútil e reiterativo, un artigo, como o actual 37 da nova lei, en que se diga que "as partes se poderán compeler reciprocamente á formalización por escrito do contrato de arrendamento" e aínda que despois se engada que "neste caso, se fará consta-la identidade dos contratantes, a identificación do predio arrendado, a duración pactada, a renda inicial do contrato e as demais cláusulas que as partes acordasen libremente."

Outra cousa é que isto teña, como ten, desde logo, unha finalidade clarificadora, e de divulgación, por así dicilo, dos dereitos que se lles confiren ás partes, e en tal sentido debe de entenderse tamén a competencia das comunidades autónomas en materia de fianza á que antes aludimos: só é unha aclaración, un recordatorio, dos dereitos, das autonomías neste caso, porque a Lei de arrendamentos urbanos non é unha norma de distribución de competencias.

Unha lei arrendaticia é só, simplemente, unha norma que ten por obxecto e finalidade a ordenación dun determinado sector xurídico material, o derivado de concertar un contrato de arrendamento urbano, sen que poida distribuí-las competencias entre o Estado e as comunidades autónomas, que é materia da Constitución e dos estatutos (como demostra o feito de que a maioría das comunidades autónomas ordenou xa o depósito da fianza no organismo público con apoio na competencia estatutaria e sen necesidade da habilitación á que se alude na nova lei arrendaticia), e sen que sexa a súa finalidade aclarar ou clarifica-los dereitos que o ordenamento xurídico lles confire, en xeral, ós intervenientes nun contrato en abstracto, pois non parece unha boa técnica lexislativa e xurídica reiterar artigos que xa figuran noutras normas do ordenamento, no Código civil, como é o caso.

Na marxe de destaca-la lagoa legal en cuestión de esixencia formal, a propia indeterminación e xeneralidade con que se manifesta o lexislador cando advirte, no seu artigo 1, que a presente lei establece o réxime xurídico aplicable ós arrendamentos de predios urbanos que se destinen a vivenda ou a usos distintos do de vivenda, supón que se amplíe considerablemente o seu

ámbito de aplicación respecto de contratos singulares que, de modo sistemático, fosen excluídos da lexislación arrendaticia de 1964 pola xurisprudencia, como os restaurantes e bares nos campos de fútbol, nos cines ou no interior dun complexo turístico (sentencias do Tribunal Supremo do 4 de xaneiro de 1955, *Aranzadi*, 109; 14 de abril de 1970, *Aranzadi*, 1953 e 25 de maio de 1992, *Aranzadi*, 4.281).

Refírese, pois, a Lei 29/1994, do 24 de novembro, ós arrendamentos de predios urbanos sexa cal sexa o seu destino, para vivenda ou para usos distintos, salvo, claro está, segundo se especifica na letra c) do artigo 5, o aproveitamento principal agrícola, pecuario ou forestal que determina a súa suxeición á Lei de arrendamentos rústicos e sen que, en calquera caso, de novo, se especifique o concepto técnico-xurídico de predio que se utiliza, o cal, como é lóxico, difire considerablemente da noción do dereito inmobiliario rexistral de obxecto dun folio rexistral.

Ademais, séguese insistindo na nova lei xa vixente, ó igual que se facía na anterior, na condición habitable do predio urbano como esixencia imprescindible para a suxeición á lexislación especial arrendaticia o que, ó non concretarse de novo, e constituír, unha vez máis, valla a expresión, un concepto xurídico indeterminado, é un requisito altamente perigoso, a concreción do cal, con todo o que isto supón, se lles encomenda ós tribunais de Xustiza, que, polo menos, cada vez son máis rigorosos na apreciación da habitabilidade (*Vid.*, por exemplo, Sentencia do Tribunal Supremo do 9 de abril de 1985, *Aranzadi*, 1.685).

A dita condición habitable, en todo caso, ha de referirse ó momento da perfección do contrato e na marxe de que, con posterioridade, se altere tal carácter para evita-la evidente fraude que, do contrario, se propiciará inevitablemente (*Vid.* en tal sentido, sentencias do Tribunal Supremo do 3 de maio de 1990, *Aranzadi*, 3.682 e da Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª, do 23 de xuño de 1993, *Aranzadi Civil* 1.261/1993).

No tocante ás exclusións, quedan fóra tamén, en termos similares ós provenientes da regulación de 1964, do ámbito de aplicación da Lei arrendaticia o uso de vivendas asignadas a funcionarios ou por razón dalgúns empregos que se exemplifican na letra a) do artigo 5 sen carácter exhaustivo como os porteiros ou gardas, o que ten a súa lóxica xustificación en que neles a cesión da vivenda é subordinada ou accesoria da relación contractual ou administrativa que, acaso, considera precisamente a ocupación da vivenda como unha parte da retribución o que, evidentemente, neste último caso, suxeita a dita relación xurídica ás normas laborais e non civís.

Esta última disposición non impide, desde logo, que, como aconteceu no caso axuizado pola Sentencia do Tribunal Supremo do 18 de marzo de 1992 (*Aranzadi*, 2.209), se acredite que o uso da vivenda non forma parte integrante da contraprestación debida polos servicios, no suposto do cal, aínda que o contrato de inquilinato se encontre ligado á existencia dunha relación de servicio entre arrendador e inquilino, o arrendamento conserva a súa autonomía respecto da relación de servicios e considérase incluído dentro do ámbito da Lei de arrendamentos urbanos, tal e como se concluíu na dita decisión do Tribunal Supremo.

Incluso, naqueles supostos en que a extinción do arrendo se produza como consecuencia do seu condicionamento á duración do contrato de traballo, o que, obviamente, opera dentro da área xurisdiccional laboral, isto non obsta para que o resto de cuestións de tipo substantiva que poidan xurdir entre as mesmas partes contendentes nunha actuación externa e allea ó contrato laboral lle correspondan á esfera civil e, xa que logo, á xurisdicción desta orde.

En efecto, esta afirmación confírmase coa lectura do caso axuizado pola Sentencia da Audiencia Provincial de Vitoria do 17 de febreiro de 1993 (AC 1.343/93) no que unha vez extinguido o arrendo polo remate da relación laboral, o cal se obtivo na vía da xurisdicción laboral, a empresa solicitaba o pagamento da renda durante o tempo que a ex-esposa do traballador continuou na ocupación do piso ó atribuírselle na sentenza de separación o gozo do mesmo, o que se considera competencia da xurisdicción ordinaria.

Unha vez concluída a pretendida aproximación ó obxecto da nova Lei de arrendamentos, e tendo en conta que, segundo adiantamos, a regulación prevista no mesmo se divide en dous grandes grupos segundo os predios arrendados se destinen a vivenda ou a un uso distinto, a continuación trataremos disto de modo diferenciado pois radicalmente distinta é a regulación que se pretende en función do destino do inmovible.

## 5. Arrendamentos de vivenda

En referencia ós arrendamentos destinados a vivenda, na Lei 29/1994, a diferenza do texto anterior, especificase, no seu artigo 2, que para que se poida considerar de vivenda o arrendamento urbano ha de recaer sobre predios urbanos, o destino primordial dos cales sexa satisfacer a necesidade permanente de vivenda.

Trátase dunha precisión que estimamos acertada na mesma

liña que levaba mantendo a xurisprudencia do Tribunal Supremo en aplicación do texto derogado de 1964 que consideraba que o concepto de vivenda é análogo ó de residencia ou de domicilio e que se caracteriza pola súa condición permanente e estable e isto a pesar de que tales cualificativos non existían no dito texto legal (*Vid.*, por todas, Sentencia do Tribunal Supremo do 10 de outubro de 1989, *Aranzadi*, 6.904).

Exclúense, pois, dos arrendamentos considerados de vivenda tanto as segundas residencias, as secundarias ou non primarias canto as non permanentes, as temporais, que, segundo precisara o propio Tribunal Supremo de acordo coa Lei de 1964, son aquelas concertadas en atención non á necesidade permanente que o arrendatario teña de ocupa-la vivenda para que lle sirva de habitual residencia familiar senón para habitar transitoriamente por razóns diversas xa que o requisito da temporalidade da ocupación garda relación non co prazo de duración simplemente cronolóxico senón coa finalidade a que vai encamiñado o arrendamento determinante da súa ocupación (sentencias do Tribunal Supremo do 30 de marzo de 1974, *Aranzadi*, 1.210; 30 de xuño de 1976, *Aranzadi*, 3.199 e 19 de febreiro de 1982, *Aranzadi*, 784).

Verbo dos suxeitos ós que se refire a lei, no artigo 7 inclúense, á parte do arrendatario, o seu cónxuxe non separado legalmente (o que resulta innecesario pois os esposos teñen a obriga de vivir xuntos a teor do disposto no artigo 68 do Código civil e porque nos casos de nulidade do matrimonio, separación xudicial ou divorcio, o artigo 15 lle atribúe a cualidade de arrendatario ó seu consorte) ou de feito, citando tamén os seus fillos dependentes nun concepto, o da dependencia, que aparece por vez primeira no ámbito do dereito civil e que se debe referir a fillos sometidos á patria potestade, incluso prorrogada, con respecto ós que os titulares da mencionada patria potestade teñen o deber de telos na súa compañía (artigo 154 do Código civil).

En calquera caso, todo isto resulta finalmente xustificable para especificar que o arrendamento de vivenda no perderá esta condición aínda que o arrendatario non teña no predio arrendado a súa vivenda primaria e permanente se o seu consorte ou os fillos habitan nela, o que é distinto do suposto considerado no número 3 do artigo 12 de abandono da vivenda polo arrendatario; neste caso, o seu consorte deberá notificarlle ó arrendador por escrito a súa vontade de ser arrendatario no prazo dun mes, pois do contrario, o contrato extínguese.

Na nova Lei 29/1994, do 24 de novembro, desaparece a mención do antigo artigo 4/2 da Lei derogada de 1964, similar ó

existente nas leis arrendaticias de 1949 e 1956, de determinadas persoas xurídicas sen ánimo de lucro como arrendatarias (a Igrexa católica, Estado, provincia, municipio, entidades benéficas, asociacións piadosas... e, en xeral calquera outra que non persiga lucro, sinalando que os locais por elas ocupados se rexerán polas normas do inquilinato).

A dita elusión, xunto coa mencionada referencia ós fillos ou ó cónxuxe, parece que lles impide a posibilidade de acollerse ós beneficios previstos para o arrendatario dunha vivenda ás persoas xurídicas, o cal, como veremos, tamén acontece en punto á regulación do réxime transitorio dos tradicionalmente denominados arrendamentos de local de negocio, na que se lles dá un diferente tratamento ás persoas físicas e ás xurídicas, en termos que serán expostos posteriormente.

Aínda que non se reproduce na nova Lei 29/1994, o artigo 4/1 da Lei de 1964, en virtude do cal o contrato de inquilinato non perderá tal carácter pola circunstancia de que o arrendatario, o seu cónxuxe ou parente dun ou doutro ata o terceiro grao que con calquera deles conviva exerza na vivenda ou nas súas dependencias unha profesión, función pública ou pequena industria doméstica, malia isto, a propia referencia ó destino primordial de vivenda no número 1 do artigo 2 da nova lei permite chegar a igual conclusión con tal de que o uso principal sexa o de vivenda para o sometemento do inmovible ás normas do arrendamento de tal carácter.

Ademais, na vixente lei, ó desaparece-lo antigo artigo 4/1, a dita suxeición vaise producir con independencia e na marxe da relación de parentesco do convivente e do carácter da profesión que tamén pode ser calquera outra actividade distinta das actualmente citadas, sendo, no demais, de aplicación, os criterios xurisprudenciais elaborados para determina-lo elemento predominante nos casos en que no arrendamento se comprende unha vivenda e un local de negocio (*Vid.* información en sentencias das audiencias provinciais de Toledo, Sección 1ª, do 1 de marzo de 1993, AC 1.120/93; Córdoba, Sección 1ª, do 5 de maio de 1993, AC 1.095/93 e Barcelona, Sección 16ª, do 21 de maio de 1993, AC 1.085/93).

Quizais unha circunstancia realmente novidosa da lei é o sometemento no número 2 do artigo 2 (de modo análogo ós artigos 2/1 da Lei francesa do 6 de xullo de 1989 e 253/a do Código de obrigas suízo) ó réxime do arrendamento de vivenda do mobiliario, os faiados, as prazas de garaxe e calquera outra dependencia ou espazo arrendado como accesorio do predio polo mesmo arrendador.

Como facilmente se deduce da dicción do precepto exposto, esíxese identidade no arrendador, e é suficiente a condición dependente dalgúns complementos do inmovible arrendado como vivenda, entre os que se enumera, con carácter exemplificativo e non exhaustivo, o mobiliario que, en contra da tradición do noso dereito, non recibe na Lei 29/1994 un tratamento diferenciado ou específico para as vivendas amobladas (*Vid.* a exclusión do ámbito arrendaticio especial e protexido segundo imperativo do derogado artigo 1 da Lei de 1964 das prazas de garaxe, Sentencia do Tribunal Supremo do 10 de febreiro de 1993, *Aranzadi*, 699).

Desde outra perspectiva, a regulación prevista en materia de arrendamentos de vivenda inclúe expresamente, no artigo 4, o carácter imperativo das súas normas, o que, en xeral, se refire ós arrendamentos por cinco anos, segundo veremos, ou, se a duración é maior, polo menos durante ese período, permitindo renuncias en materia de subrogación no artigo 16/4, e alleamento, no artigo 14/3.

En concreto, os caracteres básicos da nova regulación en materia de vivenda son o pretendido establecemento, no artigo 9/1, dun período mínimo de 5 anos obrigatorio para o arrendador, garátese o dito prazo incluso fronte a terceiro hipotecario nos casos de alleamento da vivenda (artigo 14) e establécese no artigo 13 a duración en casos especiais, con especial referencia ó usufructuario, en que non resulta de aplicación o mínimo de 5 anos e, en segundo lugar, a supresión da prórroga forzosa, se ben se establece, no artigo 10, que, logo de transcorridos como mínimo eses cinco anos de duración, o contrato se prorrogará por un período de 3 anos cando ningunha das partes lle notificase á outra, polo menos un mes antes da terminación do contrato, a súa vontade de non renovalo.

Igualmente, prevese, durante eses cinco primeiros anos de duración do contrato, a posibilidade de revisión anual da renda de cada ano segundo a variación porcentual experimentada polo índice xeral do sistema de Índices de Prezos de Consumo (artigo 18) e a imposibilidade xeral de cesión salvo consentimento escrito do arrendador (artigo 8) e sen prexuízo da subrogación *mortis causa* (artigo 16) así como o establecemento, no artigo 20, dun réxime moi especial para os gastos de comunidade, os cales poden ser a cargo do arrendatario, se así se pacta por escrito, debéndose especifica-lo importe anual dos ditos gastos á data do contrato.

Tamén se lle concede ó arrendatario o dereito de adquisición preferente, tento ou retracto, no artigo 25, o que, sen embargo,



devén ilusorio ante a supresión da prórroga forzosa, a subordinación das subrogacións á duración do contrato, a desaparición do dereito de impugnación do prezo do antigo artigo 53 da Lei de 1964 e, incluso, ante o mantemento da preferencia legal do retracto do copropietario de maneira tal que o previo alleamento dunha cota da vivenda é abondo para impedi-lo dereito do arrendatario.

Así mesmo, permítase a eventualidade de desistimento unilateral do arrendatario pasado un período de tempo mínimo de cinco anos (artigo 11) coa posibilidade, no artigo 12, de que se o arrendatario desiste do contrato o cónxuxe que conviva con el ou quen conviva con el como cónxuxe durante un determinado período de tempo –dous anos anteriores ó abandono, salvo que teñan descendencia común; neste caso abonda a simple convivencia–, todo isto con independencia da súa orientación sexual, poderá continualo, contestando en tal sentido ó requirimento de data certa que o arrendador lle deberá de dirixir para o efecto, considerando tamén a previsión nos supostos de nulidade, separación ou divorcio de que o convenio regulador ou a sentenza lle poida atribuí-la condición de arrendatario ó consorte (artigo 15).

Consonte a doutrina sustentada polo Tribunal Constitucional (sentencias 222/1992, do 11 de decembro, *BOE* do 19 de xaneiro de 1993 e 47/1993, do 8 de febreiro, *BOE* do 11 de marzo), concédeselle, na letra b) do artigo 16, a facultade de subrogarse no contrato no só ó esposo senón tamén a quen, aínda non estando casado, convivise de modo marital e estable, “de forma permanente en análoga relación de afectividade á do cónxuxe, con independencia da súa orientación sexual”, co arrendatario durante un certo período temporal –de novo, dous anos anteriores ó falecemento, salvo en caso de descendencia común, en que abonda a simple convivencia–, o que constitúe o elemento máis destacable do réxime das subrogacións posto que, na medida en que se lle limita o seu efecto á duración do contrato, que xa non é indefinida, perdeu grande parte do seu interese.

En canto ó dereito transitorio, a nova lei, como regra xeral, toma como punto de inflexión a data do 9 de maio de 1985, día de entrada en vigor do artigo 9º do Real decreto-lei 2/1985, do 30 de abril, polo que se dispón que os contratos de arrendamento terán a duración que libremente estipulen as partes contratantes sen que lles sexa aplicable forzosamente o réxime de prórroga establecido polo artigo 57 da Lei de 1964, considerando no número 1) da disposición transitoria primeira que estes contratos concertados despois da dita data continuarán ata

a súa extinción sometidos ó mesmo réxime ó que ata o de agora o viñan estando, sen que a nova lei lles afecte en ningún modo ata o vencemento do prazo pactado.

Para os contratos realizados con anterioridade ó 9 de maio de 1985, en punto ás subrogacións, distínguese entre a situación do inquilino titular inicial ou en primeira ou segunda subrogación, estatuíndose, en termos xerais, que o arrendatario actual permaneza no contrato ata o seu falecemento, tralo que pode subrogarse o seu cónxuxe, tamén ata a súa morte (sen que se considere o convivente de feito) e, no seu caso, os fillos –do arrendatario, non do seu consorte no suposto de fillos de distinto proxenitor– menores de 25 anos, e ata que cumpran esa idade, ou en situación de minusvalía igual ou superior ó 65 por 100, así como, durante os próximos dez anos, os fillos maiores de 65 anos, establecendo, igualmente, un período de dous anos para que os fillos, nos demais casos, deixen libre a vivenda.

En concreto, permítese, no número 4) da disposición transitoria 2<sup>a</sup>, unha primeira subrogación *mortis causa* a prol do cónxuxe, dos fillos conviventes durante os dous anos anteriores ó seu falecemento ou, no seu defecto, dos ascendentes do arrendatario que estean ó seu cargo e convivisen con el tres anos como mínimo, extinguíndose o contrato ó falecemento do cónxuxe ou do subrogado e cando os fillos alcancen a idade de 25 anos, salvo que o subrogado fose o esposo e ó tempo do falecemento o arrendatario tivese fillos menores de 25 anos que convivisen con el, admítese neste caso unha segunda subrogación a prol de tales fillos, e extínguese o contrato ós dous anos ou cando o fillo alcance a idade de 25 anos se esa data é posterior ou polo seu falecemento se está afectado por unha minusvalía.

Nos supostos en que antes de entrar en vigor a nova lei o día 1 de xaneiro de 1995 xa se producise a subrogación a teor do disposto no artigo 58 do texto refundido da Lei de 1964, sinálase no número 5) da mesma disposición transitoria 2<sup>a</sup> que só se poderá subroga-lo seu cónxuxe e, no seu defecto, os fillos que habitasen a vivenda arrendada durante os dous anos anteriores ó seu falecemento, e non os ascendentes, extínguese o contrato ó falecemento deste subrogado, salvo que o fose un fillo do arrendatario; neste caso extinguirase ós dous anos ou cando o fillo alcance a idade de 25 anos se esta data é posterior.

Polo que se refire á actualización das rendas deses contratos de arrendamento de vivenda concertados con anterioridade ó 9 de maio de 1985, establécese no número 11 da disposición transitoria segunda unha fórmula de actualización que, de forma progresiva, durante 10 anos pretende recupera-la inflación que

non puidese ser repercutida nas rendas desde a data de realización do contrato coa intención de recobrar, non o prezo de mercado senón só a evolución do Índice de Prezos de Consumo.

En concreto, a adecuación de rendas realízase tendo en conta o Índice de Prezos de Consumo do mes en que se subscribiu o contrato, o mesmo índice do mes anterior á actualización, e a renda mensual do alugueiro, tamén se determina que a renda pactada inicialmente deberá manter coa renda actualizada a mesma proporción que o Índice de Prezos de Consumo do mes anterior á data do contrato, con respecto ó índice correspondente ó mes anterior á de cada actualización.

Unha vez calculada a inflación acumulada desde a data de realización do contrato ata o momento en que se revisan as rendas e multiplicada esa cifra pola renda inicial do contrato, a renda resultante, que se denomina renda actualizada, divídese por dez, que son os anos en que se realizará a actualización completa, de maneira que no primeiro ano, o inquilino deberá pagar unha décima parte da actualización completa, e deberase repetir tal operación en cada unha das actualizacións pois ha de tomarse en consideración sempre o índice do mes anterior á actualización.

Como excepción, establécese que a actualización se levará a cabo en cinco anos cando a suma dos ingresos totais percibidos polo arrendatario e as persoas que con el convivan habitualmente na vivenda arrendada sexa igual ou superior a cinco con cinco veces o salario mínimo interprofesional, suposto no que as porcentaxes esixibles da renda actualizada, en lugar de ser do 10%, 20%, 30% e así sucesivamente..., sexan o dobre.

A meritada porcentaxe esixible en cada un dos dez ou cinco períodos anuais compárase coa cantidade que efectivamente viñese satisfacendo o arrendatario en concepto de renda e outras cantidades asimiladas que pudiesen existir voluntariamente (así, por exemplo, o arrendatario acorda pagarlle máis ó arrendador do que se estipula no contrato por diversos convenios realizados con ocasión dunhas obras), que se absorberán desde a primeira anualidade da revisión pola nova renda, de modo tal que se a renda que viña satisfacendo efectivamente o locatario é superior á cantidade que resulte das operacións de actualización anteriormente descritas, ha de pasarse á porcentaxe inmediatamente superior, podendo, en consecuencia, alcanza-la actualización ó 100% xa desde o primeiro ano, sempre que non exceda do tope máximo a que se alude no número 5º da disposición transitoria segunda das porcentaxes a que se refire aplicadas sobre o valor catastral do predio arrendado vixente en 1994.

A partir do ano en que se alcance o 100% de actualización, a renda que corresponda pagar, e as cantidades asimiladas a ela, das vivendas que se encontren en período de prórroga legal, poderá ser actualizada polo arrendador ou polo inquilino conforme á variación porcentual experimentada nos doce meses anteriores polo índice xeral do sistema de Índices de Prezos de Consumo cando as partes non acordasen de modo expreso outro sistema de actualización, sendo neste caso este de aplicación.

No obstante, a forma de actualización pretende adecuarse ó nivel económico do inquilino de modo tal que só será de aplicación naqueles supostos en que a suma do importe íntegro dos rendementos anuais de tódalas persoas que compoñen a unidade familiar do arrendatario ou que convivan na dita vivenda, supere dúas veces e media o salario mínimo interprofesional (dous millóns cen mil pesetas) se se trata dunha ou dúas persoas; tres veces o dito salario mínimo interprofesional (aproximadamente 2 millóns cincocentas mil pesetas ó ano) se son tres ou catro; ou 3 veces e media o salario mínimo interprofesional (dous millóns novecentas mil pesetas) se son máis de catro persoas, o que pode orixinalo problema da determinación da normativa aplicable para as persoas que, por exemplo, queden sen emprego durante o proceso de actualización no que se encontraban inmersos porque gañaban máis desa cifra, á parte de que non sempre será fácil acredita-los ingresos reais do inquilino, coa excepción dos casos en que se trate dun traballador por conta allea cunha nómina facilmente cotexable.

Tampouco procederá a actualización cando o inquilino, a pesar de supera-la citada cantidade, opte pola non aplicación da mesma comunicándollo veridicamente ó arrendador no prazo dos trinta días naturais seguintes á recepción do requirimento de actualización: neste suposto, deberá de pagar só a revisión anual do Índice de Prezos de Consumo dos próximos anos, se ben o contrato quedará extinguido nun prazo de oito anos contados desde a data do mencionado requirimento verídico do arrendador.

Por último, en canto á vivenda, mantéñense, no artigo 28, as mesmas causas de extinción ou resolución do contrato cás contidas na Lei do 64 e, como é lóxico, desaparecen as causas de oposición á prórroga, posto que xa non é forzosa, o que aliexiou moi significativamente o articulado (que pasa a ter 40 artigos fronte ós 152 da Lei derogada de 1964).

En conclusión, para o arrendamento de vivendas establécese un certo réxime proteccionista, dentro do que cabe, o que debe ser convenientemente destacado en relación co seguinte apar-

tado da nosa exposición referente ós arrendamentos de locais de negocio precisamente para evidencia-lo tratamento radicalmente distinto que reciben un e outro.

## 6. Arrendamentos de locais de negocio

A regulación diferenciada e peculiar dos arrendamentos destinados a usos distintos ó de vivenda (dentro dos que se comprenden os locais de negocio e os arrendamentos de temporada, sexa esta de verán ou calquera outra, sen que quede claro se se inclúen, como parece, os contratos que se fagan por curso escolar ou por traslado, o que conviría especificar) supón unha alteración substancial dos principios tradicionais que o regulaban pois a protección dispensada ó inquilino ou ó arrendatario para os efectos de que os contratos de cesión de uso temporal non quedasen sometidos ó principio de libre autonomía da vontade, en canto ó prazo fíxose tamén extensiva no Texto refundido do 24 de decembro de 1964 ó arrendamento de local de negocio.

A regulación do arrendamento dos locais de negocios no Texto de 1964 estrutúrase sobre a base do principio da prórroga legal do artigo 57 e coa posibilidade, salvo pacto expreso en contrario, como dereito inherente, segundo advirte, entre outras, a Sentencia do Tribunal Supremo do 17 de maio de 1993 (*Aranzadi*, 3.553), de traspaso, isto é, de cede-lo contrato a terceiro mediante prezo de acordo co disposto nos artigos 29 e seguintes coa conseguinte transcendencia económica que isto implica.

Efectivamente, se o contrato ten unha duración en principio indefinida por vontade do arrendatario, é notorio que a súa cesión adquire unha valoración pecuniaria considerable, constituíndo entón un importante fondo de comercio ou patrimonio mercantil que, precisamente, é a base do dereito de traspaso, segundo conclúe o propio Tribunal Supremo (sentencias do 30 de marzo de 1951, *Aranzadi*, 1.006, e 6 de outubro de 1992, *Aranzadi*, 7.528).

Así mesmo, a protección ó arrendatario de local de negocio baséase na Lei de 1964 na existencia dos dereitos de tento e retracto en caso de alleamento do propietario (artigo 47 e seguintes); nun dereito de subrogación *mortis causa* por falecemento do arrendatario (artigo 60) e nun dereito de indemnización equivalente ó prezo medio dun traspaso no suposto de excepción á prórroga forzosa (artigo 73/3) e, entre outras, cunhas cláusulas de resolución taxadas no artigo 114 entre as que, a diferenza do Código civil (artigo 1.569/4) non se encontra o cambio de destino do local (*Vid.* respecto disto as sentencias do Tribunal Su-

premo do 12 de decembro de 1990, *Aranzadi*, 9.998; 30 de xaneiro, 10 de xullo e 16 de decembro de 1991, *Aranzadi*, 518, 5.339 e 9.716).

O carácter tuitivo da lexislación arrendaticia de 1964, produciu, como se destaca no preámbulo da Lei 29/1994, a existencia de rendas antieconómicas, se ben é certo que tal marco legal se viu profundamente alterado tamén polo Decreto lei 2/1985, do 30 de abril, que, aínda que só modificou o artigo 57 do Texto refundido de 1964, é dicir, a prórroga forzosa, quedando no demais, en todo o que no fose tal prórroga, os arrendamentos de locais de negocio sometidos á lexislación especial, supón un cambio substancial.

En efecto, dereitos tan transcendentais no texto de 1964 como o traspaso, tento ou retracto, subrogación e, incluso, renda, alcanzan unha significación ben diferente só polo feito da existencia dun prazo fixo e certo, habitualmente curto, de extinción da relación arrendaticia coa tradicional cláusula de estabilización da renda.

Polo tanto, ó lexislador de 1994 estes arrendamentos posteriores a maio de 1985, sobre todo se, como é habitual, non están suxeitos ó réxime de prórroga forzosa, non lle creaban demasiada problemática e, en consecuencia, centra plenamente a súa atención nos anteriores a tal período temporal para tratar de acomodalos á regulación prevista para o futuro, que parte, como se adiantou, da base dunha recta diferenciación entre os arrendamentos de vivenda e os destinados a uso distinto ó de vivenda (locais de negocio e arrendamentos de temporada) por entender que as realidades económicas subxacentes son substancialmente distintas e merecedoras, polo tanto, de sistemas normativos diferentes.

Así, ó mesmo tempo que se mantén o carácter proteccionista da regulación dos arrendamentos de vivenda, óptase en relación cos destinados a outros usos por unha regulamentación baseada case de forma absoluta no libre acordo das partes posto que só se considera necesario establecer medidas de protección ó arrendatario alí onde a finalidade do arrendamento sexa a satisfacción da necesidade da vivenda do individuo e da súa familia, pero non noutros supostos.

No caso dos arrendamentos de locais de negocio artículase un sistema de resolución dos contratos, e estruturase de forma que o impacto da lei non se produza de forma moi inmediata, pero co fin de evitar, á vez, que a súa plena efectividade se demore de maneira excesiva no tempo, polo menos para os casos en que o arrendatario sexa unha persoa xurídica.

A regulación contida na lei para os locais de negocio no futuro é certamente drástica pois nos contratos concertados a partir da entrada en vigor da lei non existe, desde logo, a prórroga forzosa –ó igual que sucede cos arrendamentos posteriores á entrada en vigor do Real decreto-lei 2/1985, do 30 de abril–, o que tamén vimos que acontecía coas vivendas, pero, ademais, nin sequera se considera un prazo de duración mínimo (a diferenza do prazo de 5 anos en vivendas).

Tampouco se prevé, para os locais de negocio, a posibilidade de desistimento unilateral pasado un período de tempo mínimo que releve da obriga de paga-la renda futura coa dificultade engadida que isto supón de atemperalo prazo de duración do contrato no momento de realización e, por se fose pouco, nos locais de negocio, os problemas respecto dos arrendamentos concertados constante matrimonio non reciben a máis mínima resposta.

En efecto, a diferenza do que se prevía en vivenda en que se o arrendatario desiste do contrato o seu cónxuxe o podía continuar, nada se considera na nova lei para os locais de negocio nese caso de desistimento do subscritor do contrato de arrendamento e, sobre todo, nos supostos de nulidade, separación ou divorcio non é posible nesta Lei 29/1994, a diferenza da posibilidade existente en vivenda, que o convenio regulador ou a sentenza poida atribuírle a condición de arrendatario ó consoorte.

A dita ausencia de previsión legal supón, como é evidente, a conseguinte perda da fonte de ingresos para o consoorte do arrendatario e, o que é máis grave, un importante retroceso da doutrina sentada pola Sentencia da Sala 1ª do Tribunal Constitucional 159/1989, do 6 de outubro, *BOE* do 7 de novembro que declarou que a adxudicación á esposa, do establecemento mercantil de carácter ganancial sen notificación ó arrendador non constituía unha cesión ilegal.

Só se lle conceden ó arrendatario de local de negocio dous dereitos a maiores dos considerados no Código civil: a cesión total do contrato (que se denomina no Preámbulo traspaso, o que induce a unha evidente confusión co antigo traspaso, con respecto ó cal presenta notorias diferenzas) ou, no seu caso, cesión parcial (subarrendo) e, en segundo lugar, a denominada indemnización por clientela.

En canto ó primeiro dos dereitos anunciados, o subarrendo ou a cesión do local, total ou parcial, só posible cando non exista pacto en contrario, como ocorre con tódolos preceptos dos arrendamentos para uso distinto do de vivenda, só se esixe que o

arrendatario llo notifique ó arrendador de forma verídica no prazo dun mes desde que aqueles se concertasen.

Isto é, se a cesión ou subarrendo ten carácter clandestino e o arrendatario, quen non necesita agora do consentimento do arrendador, nin sequera notificou ou non o fixo de forma verídica ou non notifica no prazo sinalado, entón, o arrendador poderá resolve-lo contrato de pleno dereito, salvo a hipótese de cambio producido na persoa do arrendatario por consecuencia da fusión, transformación ou escisión da sociedade arrendataria, o cal non reputará cesión.

Unha vez producido o subarrendo ou a cesión, incluso no suposto desta excepción ultimamente citada, o arrendador ten dereito, en todo caso, a unha elevación de renda do 10% en vigor no caso de producirse un subarrendo parcial ou o 20% no suposto de subarrendo total ou cesión do contrato.

Polo que se refire ó segundo grande dereito que se lle confire na Lei 29/1994 ó arrendatario de local de negocio, establécese, tamén salvo pacto en contrario, unha indemnización por clientela á expiración do contrato, cifrada nunha mensuralidade da renda que se viñese satisfacendo ó remate do mesmo por cada ano de vixencia cun máximo de 18, se ben a soa enunciación dos requisitos esixidos para a súa aplicación no artigo 34 da lei evidencia claramente o grao de esixencia rigorosa con que se considera polo lexislador.

Requírese, en concreto:

1. Exercicio durante 5 anos como mínimo dunha actividade comercial de venda ó público no local arrendado.
2. Expiración do contrato por transcurso do prazo convencional.
3. Que o arrendatario lle manifestase ó arrendador con catro meses de antelación á expiración do contrato a súa vontade de realizar un novo contrato por un mínimo de cinco anos máis e por unha renda de mercado, considerando esta a que libremente pacten as partes e, no seu defecto, a que determine un árbitro designado polas mesmas, o que non foi aceptado polo arrendador.
4. Que o arrendador ou un terceiro desenvolvan no local, antes do transcurso do prazo de 6 meses desde a extinción do arrendamento, a mesma actividade ou unha afín á que o arrendatario exercía, considéranse afíns as actividades tipicamente aptas para beneficiarse, aínda que só sexa en parte, da clientela captada pola actividade que exerceu o arrendatario.



5. Que o arrendatario dentro dos 6 primeiros meses desde a extinción do contrato inicie unha actividade distinta á que viña desenvolvendo ou non inicie ningunha.

Incluso se especifica como hipótese singular que se o arrendatario no mesmo prazo deses 6 meses inicia dentro do mesmo municipio igual actividade á que se viñese dedicando, a indemnización só comprenderá os gastos do traslado e os prexuízos derivados da perda da clientela ocorrida con respecto á que tivese no local anterior, calculada con respecto á habida durante os seis primeiros meses da nova actividade.

En calquera caso, ponse claramente de manifesto o interese do lexislador en rematar canto antes coas situacións de prórroga forzosa o que, segundo se deduce dunha procura da vontade do lexislador, se xustifica cunha intención de que se volvan realizar novos contratos sometidos imperativamente á moderna lexislación, pero, e isto é francamente importante, unicamente cun dereito preferente só se o arrendador pretendese realizar un novo contrato con distinto arrendatario antes de transcorrer un ano, comezado a contar desde a extinción legal do arrendamento segundo se especifica no número 11) da disposición transitoria 3ª, o que, con ser isto último un avance respecto do proxecto da anterior lexislatura –no que non se prevía ningún dereito preferente do antigo arrendatario a continuar na posesión do local en condicións de mercado– é unha garantía mínima e altamente insuficiente.

Con tal previsión, en calquera caso, crearanse situacións moi delicadas á extinción do contrato cando as relacións entre arrendador e arrendatario, como é frecuente, non permitan unha negociación nun clima favorable, ó que hai que engadir que, desde logo, non se establecen prazos mínimos nin control de rendas, etc., situación que non é novidosa pois é a vixente desde o Real-decreto lei 2/1985, do 30 de abril pero á que se verá sometido tamén o amplo sector económico apoiado, ata o momento, pola prórroga forzosa do Texto refundido de arrendamentos urbanos de 1964, que, recentemente, declarou conforme á Constitución o Pleno do Tribunal Constitucional na Sentencia do 17 de marzo de 1994, que resolve as cuestións de inconstitucionalidade 2010/89 e 969/91.

Este aspecto, máis có da actualización das rendas certamente importante e que hai que ter en conta, ó cal aludimos e nos volveremos referir posteriormente, é quizais o máis significativo da profunda e pretendidamente definitiva reforma dos arrendamentos que desexa o Goberno.

En efecto, os locais de negocio son, sen lugar a dúbidas, o

obxectivo máis claro do lexislador e a extinción destes arrendamentos nun prazo que en ocasións pode parecer longo supón, en todo caso, reitérase, unha profunda e total reconsideración da situación na continuidade tanto persoal do arrendatario como do tradicional –e agora rexeitado– dereito de traspaso. Respecto disto a nova lei contén, unha regulación diferenciada segundo os contratos se realizasen antes ou despois do 9 de maio de 1985.

Para os segundos, para os contratos realizados a partir do 9 de maio de 1985 dispónse, no número 2) da disposición transitoria 1ª, que continuarán rexéndose polo mencionado real decreto de tal ano ata a data do seu vencemento, o cal significa sometemento íntegro ó Texto refundido de arrendamentos urbanos de 1964, con dereitos de tento, retracto, subrogación ou traspaso coa excepción da prórroga forzosa e con sometemento a un prazo fixo.

Ademais, considérase que se chegado o vencemento do prazo, o arrendatario permanece gozando 15 días do inmovible arrendado coa conformidade, expresa ou tácita, do arrendador, entón producírase a tácita recondución prevista no artigo 1.566 do Código civil, e prorrogárase o contrato por un período igual ó que se pactase como de pagamento da renda, non o anterior período contractual, e nese caso o contrato xa quedaría sometido ó novo texto legal nos termos anteriormente anunciados respecto dos arrendamentos para uso distinto ó de vivenda, co cal desaparecen tódolos dereitos que o Texto refundido de 1964 lle concedía.

Este tratamento dos contratos realizados con posterioridade ó 9 de maio de 1985 que, no fondo, parte do presuposto de que todos eses contratos teñen un prazo fixo de vencemento e resolución libremente pactados polas partes aplícaselles, incluso, ós contratos que, malia realizarse con posterioridade á dita data, se encontren sometidos ó réxime da prórroga forzosa, como agora especificamente se prevé no apartado final desta disposición, e que poden ser, fundamentalmente, de dous tipos.

En primeiro lugar, aqueles en que, como aconteceu nos supostos axuizados polas sentencias do Tribunal Supremo do 4 de febreiro e 18 de marzo de 1992 (*Aranzadi* 823 e 2206), as partes expresamente pactaron o sometemento á prórroga legal do Texto refundido de 1964 que, xeralmente, son consecuencia dun traspaso anterior que se realizou mediante a formalización dun novo contrato (requirindo que tal vontade se manifeste coa debida claridade: sentencias do Tribunal Supremo do 25 de marzo, 20 de abril e 16 de xuño de 1993, *Aranzadi* 2.239, 3.104 e 4.840).

En segundo lugar, tamén se presenta o problema da determinación do réxime aplicable a aqueles outros contratos que, en virtude dun criterio jurisprudencial sostido por algunhas audiencias provinciais, se entenda que están sometidos a prórroga forzosa por non existir renuncia expresa á mesma e sobre a base de considerar que o Real decreto-lei 2/1985 non impoñía a supresión da prórroga forzosa senón a posibilidade da súa renuncia (así, ampla información respecto disto en Sentencias da Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, do 5 de xuño de 1990 e 26 de marzo de 1991, *Revista General de Derecho*, 1991, páxinas 543 a 544 e 10.824 a 10.827; Sevilla, Sección 1ª, do 28 de decembro de 1990, a Lei 11.495/1991; Madrid, Sección 9ª, do 22 de febreiro de 1993 e Sección 13ª, do 16 de marzo de 1993, AC 864 e 1.100/93 e Badaxoz, Sección 2ª, do 1 de marzo de 1993, AC 951/1993).

Nestes dous casos expostos é evidente, segundo o teor textual da nova lei, que resulta aplicable o réxime anteriormente analizado, o que constitúe un indubidable privilexio para o arrendatario que vai gozar do beneficio da prórroga legal á súa vontade pois devén inevitable a ausencia de suxeición á disposición prevista para os contratos realizados con anterioridade ó 9 de maio de 1985 que pasamos a expoñer de seguido.

Para os contratos de arrendamentos de locais de negocio concertados con anterioridade ó Real decreto-lei de 1985 e que subsistan na data de entrada en vigor da presente Lei 29/1994 o día 1 de xaneiro de 1995, a posición da lei é de aparente respecto dos dereitos adquiridos ó declararse que se continuarán rexendo polas normas do Texto refundido da Lei de arrendamentos urbanos de 1964.

Tras esta declaración programática de boas intencións, que significa o sometemento á Lei de 1964 en canto ó dereito de traspaso, tento e retracto e moi especialmente o dereito de subrogación do artigo 60, engádese que a dita regulación só sofre algunhas modificacións que se especifican a continuación, das cales destacaremos dúas: a renda, a súa actualización e, especialmente, o prazo de duración dos contratos, pois suprímese o dereito de prórroga forzosa indefinida.

Como se ve, as ditas excepcións son claves e de enorme repercusión a nivel social supoñendo, en fin, a pesar do que se parecía deducir do teor textual da lei, unha alteración substancial e profunda no tratamento dos arrendamentos de locais de negocio anteriores ó 9 de maio de 1985.

Así, se nos centramos no aspecto do prazo de duración e a resolución forzosa, destacamos reiteradamente que o respecto

dos contratos vixentes realizados antes do 9 de maio de 1985 e da aplicación en bloque da normativa a que están sometidos, ten un primeiro límite na lei consistente na supresión da prórroga forzosa dos contratos de arrendamento de locais de negocio ou asimilados a eles.

É esencial nesta nova lei que para o futuro os contratos de arrendamentos de locais de negocio, de uso distinto do de vivenda, estivesen sometidos ó Código civil e ó principio de autonomía da vontade das partes e interesa, como adiantamos, que a súa efectividade non se demore de maneira excesiva no tempo, se ben para evitar que o impacto da lei se produza de forma moi inmediata, régúlase un calendario de resolucións, que, ó final, foi altamente condescendente nos casos en que o arrendatario é unha persoa física, co obxecto de garantirlle ó grupo familiar vinculado ó desenvolvemento da actividade un prazo mínimo de vinte anos, que se poderá superar mentres o arrendatario e o seu cónxuxe vivan e continúen o exercicio da actividade que se veña desenvolvendo no local.

Esta decisión do lexislador de suprimir para o futuro a prórroga forzosa suxire a posibilidade da súa inconstitucionalidade xustamente polo necesario respecto ós dereitos adquiridos, se ben a realidade é que se trata dun suposto de alteración radical e de renovación total dunha institución, os arrendamentos urbanos, en que a retroactividade, que é unha figura que admite o noso ordenamento xurídico, vén necesariamente imposta para poder levar a cabo a reforma pretendida polo lexislador de modo tal que, en último termo, o respecto íntegro á situación amparada polo Texto de 1964 non está garantido polo ordenamento xurídico que, en situacións análogas, consente como válida a alteración dos dereitos adquiridos.

En calquera caso, admitida tal facultade lexislativa desde o punto de vista constitucional, resulta corolario apodíctico de canto levamos exposto que a protección máis evidente dos arrendatarios existentes, que consiste no respecto total de tódolos seus dereitos adquiridos (prórroga, subrogacións, traspaso, etc.), non se ve posible na nova lei.

En efecto, o lexislador, ó afronta-la reforma arrendaticia, non permite a subsistencia xeneralizada dos adquiridos dereitos de prórroga forzosa e de traspaso, o que prolongaría indefinidamente o arrendamento de local de negocio a través das cesións e, sobre todo, sociedades, a personalidade xurídica das cales non se extingue e isto na marxe e con independencia da evidente necesidade de modificación e actualización das "rendas conxeladas" pois, noutro caso, a nova lei si que nada en absoluto resolvería.

Co texto novo establécense uns períodos de tempo diferentes en función de que os contratos concertados antes do 9 de maio de 1985 se encontren dentro do período pactado de vivencia ou, pola contra, ó transcorre-lo dito prazo contractual pactado, estean en situación de prórroga legal e nos que o arrendatario se aveña á actualización da renda nos casos en que resulte procedente pois se non se avén o período de extinción redúcese considerablemente, segundo veremos con posterioridade.

Así mesmo, sinálase, como adiantamos, un trato máis favorable nos casos en que o arrendatario sexa unha persoa física posto que se presume unha maior solvencia económica nas persoas xurídicas e incluso se estatúe un prazo maior nos casos en que as persoas xurídicas teñan menor capacidade económica, segundo se deduce da cota que paguen polo Imposto de Actividades Económicas, todo isto na marxe de que houbera traspaso, que se se produciu nos dez anos anteriores só orixina como consecuencia que os prazos sinalados se incrementan en cinco anos máis.

En concreto, establécese na disposición transitoria 3ª) unha regulación ben diferenciada entre catro grandes grupos de contratos:

**I** Contratos concertados por persoa física antes do 9 de maio de 1985 e que, á entrada en vigor da lei, transcorrendo o prazo contractual pactado, se encontren en situación de prórroga legal e nos que, posto que se debe proceder á actualización da renda o arrendatario se aveña a isto, que se extinguirán só polo falecemento ou xubilación do arrendatario.

Precisamente este aspecto do momento de extinción dos ditos contratos vai xerar unha ampla litixiosidade dados os termos en que está redactada a norma, pois pode manterse que agora a xubilación por si soa extingue o contrato, sen que o arrendatario poida seguir ata o seu falecemento, dado que a *ratio* da nova lei é recupera-lo elemento de temporalidade que é de esencia ó contrato arrendaticio, pero tamén, se é que interesa ó caso, se pode alega-la doutrina xurisprudencial creada en torno ó cultivador persoal da Lei de arrendamentos rústicos, en virtude da cal a condición de xubilado é irrelevante no campo civil alleo ó propio da Seguridade Social e é insuficiente por si soa para excluí-lo carácter de cultivador persoal (sentencias do Tribunal Supremo, entre as últimas, do 26 de febreiro e 2 de xuño de 1992, *Aranzadi*, 1245 e 4984).

Tralo dito falecemento ou xubilación do arrendatario aínda pode subrogarse o seu cónxuxe se continúa a mesma actividade

desenvolvida no local sempre que non se producise ningunha das dúas transmisións previstas no derogado artigo 60 da Lei de 1964, posto que en tal caso xa non cabe ningunha subrogación máis.

En defecto de cónxuxe supérstite que continúe a actividade ou despois da súa xubilación ou morte, permítese aínda a subrogación dun descendente do arrendatario que siga a mesma actividade; neste caso o contrato xa ten un prazo máximo de duración de vinte anos comezados a contar desde a entrada en vigor da lei, salvo que se producise unha transmisión de acordo co previsto no citado artigo 60 da Lei de 1964, suposto no cal só é posible unha das subrogacións antes mencionadas.

Incluso, o arrendatario, ou o seu cónxuxe subrogado, pero non se se subroga un descendente, poderán traspasalo local de negocio nos termos previstos no artigo 32 da LAU de 1964, permitindo o dito traspaso a continuación do arrendamento por un mínimo de 10 anos comezados a contar desde a súa realización ou polo número de anos que quedasen desde o momento en que se realice o traspaso ata computar 20 anos desde a aprobación da lei (3 de novembro do ano 2014).

Por outra parte, unha vez vencidos os prazos sinalos, aínda cabe a tácita reconducción do artigo 1566 do Código civil, no caso do cal o arrendamento renovado lle serán aplicables as normas da nova lei relativas ós arrendamentos para uso distinto do de vivenda xa analizados.

Na lei non se considera ningunha previsión inicial para comezar a computar a data de realización do contrato orixinario de maneira que se terá que estar ó tanto do resultado da proba que se poida realizar como máis antiga de ocupación ou primeiro arrendamento, sen que a existencia de traspaso anterior altere ou modifique que a data por ter en consideración sexa a orixinaria do contrato e nunca a do traspaso.

Este, o traspaso, só presenta a especialidade nos casos en que, cando entre en vigor a lei, se verificase algún traspaso no prazo dos dez anos anteriores –en atención á data da escritura pública do mesmo, non a outra–; neste suposto, e aínda que tamén, para o cómputo do prazo, seguirá vixente a regra xeral da data do contrato primitivo, os prazos sinalados para cada un dos casos anteriormente expostos veranse incrementados en cinco anos máis.

**II.** Contratos concertados por persoa xurídica antes do 9 de maio de 1985 nos que se desenvolvan actividades comerciais, que son as comprendidas na división 6 da Tarifa do Imposto de Actividades Económicas (comercio, restaurantes e

hospedaxes), e extinguiranse neste caso os contratos no prazo de 20 anos salvo os que afecten a locais de superficie superior a 2.500 m<sup>2</sup>, que se extinguen en 5 anos.

Os arrendamentos de locais de negocio nos que se desenvolvan outras actividades distintas das comerciais (industriais, de servicios...) extínguense en prazos distintos, a duración dos cales será inversamente proporcional á cota que lles corresponda segundo as tarifas do Imposto sobre Actividades Económicas, durando desde os 20 anos para cotas menores ás 85.000 PTA ata os 5 anos para cotas superiores ás 190.000 PTA, pasando polos prazos intermedios de 15 anos para as cotas entre 85.001 a 130.000 PTA ou 10 anos para as que se sitúan entre 130.001 e 190.000 PTA.

Cando no local se desenvolven actividades ás que lles correspondan distintas cotas, só se tomará en consideración a maior delas, incumbíndolle, desde logo, ó arrendatario a proba da cota que lle corresponda á actividade desenvolvida no local arrendado, posto que, en defecto de proba, o arrendamento terá a mínima das duracións, é dicir 5 anos.

Os ditos prazos contarase a partir da entrada en vigor da lei (1 de xaneiro de 1995) coa advertencia xa sinalada de que se nos dez anos anteriores á dita entrada en vigor se producise o traspaso, entón, os prazos de extinción incrementaranse en 5 anos, tomando, igualmente, como data de traspaso a da escritura pública a que se refire o artigo 32 da LAU de 1964.

**III.** Contratos concertados antes do 9 de maio de 1985, que se encontren en situación de prórroga legal despois de que transcorrese o prazo contractual pactado e nos que malia a que se debe proceder á actualización da renda o arrendatario non se avén a isto, o que lle haberá de comunicar veridicamente ó arrendador no prazo de trinta días naturais desde que foi requirido; pode concederse a dita posibilidade de negarse só se o arrendatario é unha persoa física ou xurídica, o contrato do cal se extingue en 15 ou 20 anos (actividades comerciais de menos de 2.500 metros cadrados ou o resto que paguen menos de 130.000 PTA de Imposto de Actividades Económicas).

Neste caso respéctase tal opción do arrendatario e a renda non é obxecto de revisión, salvo a actualización anual coa variación experimentada polo Índice de Prezos de Consumo, e redúcese, como contrapartida, de modo ben significativo o prazo de extinción que pasa a ser de 5 anos contados desde a data do requirimento de actualización practicado polo arrendador.

Fronte ó erro que se cometía no Proxecto de 1992 ó determina-la data do contrato, que remitía a un apartado da regra an-

terior que en ningunha maneira se refería a isto, na presente Lei 29/1994 advírtese que se haberá de atender a data en que se subscribiu o contrato salvo que se producisen un ou máis traspasos, tomando neste caso como data de realización do contrato a do último traspaso realizado.

**IV.** Contratos concertados antes do 9 de maio de 1985 e que aínda non entrasen en prórroga legal por encontrarse dentro do período pactado, isto é, contratos de tan longa previsible duración pactada que, malia subscribirse na súa maioría antes de 1985, aínda están no período contractual de vixencia sen entrar na prórroga legal que lles correspondería pola data de realización.

En tal suposto concédeselle ó arrendatario a posibilidade de optar entre o prazo de duración que lle falta por transcorrer de conformidade co contrato ou o prazo que lle correspondería se estivese xa incurso en prórroga legal, podendo, pois, o que será normal, inclinarse polo período de tempo máis longo dos dous.

Na marxe destes catro supostos de tipo de contratos de locais, tamén sobre esta cuestión da extinción se conteñen previsións específicas para os asimilados ós de negocio ós que se refire o n.º 2 do artigo 5 da LAU de 1964, entre os que figuran os depósitos, almacéns, escritorios e oficinas, que, se se realizaron a partir do 9 de maio de 1985, continuarán rexéndose polo disposto no artigo 9 do Real decreto-lei 2/1985, do 30 de abril, mentres que se se realizaron antes da dita data do 9 de maio de 1985, se extinguen, a teor da remisión que se efectúa no número 3 da disposición transitoria 4ª), nun prazo máximo de 5 anos, que resulta de singular aplicación, segundo especifica o número 4 da mesma disposición transitoria 4ª), para os arrendamentos de predios urbanos en que se desenvolvan actividades profesionais (avogados, notarios, médicos, arquitectos, xestores, ...), que, en todo caso, tamén se extinguen nos mesmos 5 anos.

Por último nesta mesma disposición transitoria 4ª), no número 2, establécese unha referencia concreta para os contratos asimilados ó inquilinato no art. 4.2 da LAU de 1964 (que aludía ós locais ocupados pola Igrexa católica, Estado, provincia, municipio, entidades benéficas, asociacións piadosas, sociedades ou entidades deportivas, corporacións de dereito público e, en xeral, calquera outra que non persiga lucro), que se rexerán, en canto ó dereito transitorio, polas previsións consideradas para os locais de negocio; tamén dispón que os contratos realizados pola Igrexa católica e polas corporacións que non persigan ánimo de lucro se extinguirán no prazo de 15 anos, e os demais, o de administracións públicas, extinguiranse en 10 anos.



Unha vez transcorrido o período de tempo nos termos vistos, o contrato extínguese coa única excepción, de novo, de que o arrendador consinta a continuidade do arrendatario durante 15 días; neste caso prorrogarase o contrato por un prazo igual ó concertado no contrato como pagamento da renda con pleno sometemento ás previsións da nova lei.

Desde outra perspectiva, e respecto deses contratos anteriores a maio de 1985, nos casos en que conclúan por expiración do prazo, o arrendatario ten dereito a unha indemnización dunha contía de 18 mensualidades da renda vixente ó tempo da extinción do contrato cando antes do transcurso dun ano desde a extinción do mesmo, calquera persoa comece a exercer no local a mesma actividade ou unha afín, daquelas tipicamente aptas para beneficiarse, sequera en parte, da clientela captada pola actividade que exerceu o arrendatario.

En calquera caso, ó centrarnos no tema da alteración do réxime da prórroga forzosa, que parece inevitable, o lexislador optou pola supresión da citada prórroga forzosa de maneira indirecta, ó distinguir entre arrendatarios persoas físicas e xurídicas, e permitir no primeiro caso a prórroga do contrato durante a vida do arrendatario, con subrogación incluso, e só considerando o prazo fixo e inexorable para as persoas xurídicas.

Esta solución, como facilmente se supón, garante que ningún arrendatario verá en vida resolto o seu contrato, respectando o seu dereito de prórroga de carácter "persoal" ou "vital", se se permite a expresión de indubidable plasticidade, co cal se evita, de momento, o enorme problema social que se presentaría en caso de extinción dos contratos nun prazo fixo.

En efecto, dadas as tensas relacións entre arrendadores e arrendatarios de locais de negocio, unha vez transcorrido un determinado período de tempo, é previsible a falta de formalización de novos contratos sobre os locais ós mesmos arrendatarios que os viñan ocupando a pouco que as condicións de mercado permitisen a entrada de terceiros, polo menos, dado que estamos en situación de crise económica, en iguais condicións.

Trataríase dun problema de matices similares ó que se está vivindo coa aplicación dos chamados arrendamentos históricos, cun primeiro prazo de 6 anos despois da entrada en vigor da Lei 83/1980, do 31 de decembro, prorrogado posteriormente por outros cinco máis (Lei 2/1986, do 10 de decembro galega e 1/1987, do 12 de febreiro estatal) e novamente prorrogados ata o 31 de decembro de 1997 (Lei 1/1992, do 10 de febreiro).

En calquera caso, é unha opción francamente difícil ante os diversos –e enfrontados– intereses económicos e sociais en

xogo, de maneira que as pequenas sociedades e os arrendatarios individuais cun negocio estable, posiblemente se inclinen por preferi-la continuación no arrendo con prórroga legal e subrogación *mortis causa* e que supriman o dereito de traspaso mentres que, tamén con toda probabilidade, haberá a quen un prazo de 8 ou 15 anos, por exemplo, que se consideraba no Proxecto de 1992, lle poida parecer xa abondo para facer rendible un negocio con traspaso.

Verbo da actualización da renda á que previamente aludiamos, preténdese resolve-lo problema das “rendas conxeladas” cunhas actualizacións das mesmas que rexerán durante os anos que lles queden de vixencia ós contratos, sendo opcional para o arrendatario aceptar ou non o sistema de actualización coa característica antes sinalada de que se o arrendatario o rexeita nos casos en que por lei corresponde cando o arrendador cumpriše os requisitos que a continuación expoñeremos, entón, o período de duración do contrato redúcese de forma ben notoria a 5 anos.

A referida actualización da renda déixase a iniciativa do arrendador que lla pode solicitar por requirimento verídico ó arrendatario (requirimento notarial, conciliación no xulgado ou calquera outro que resulte suficiente medio probatorio) na data en que se cumpra cada ano de vixencia do contrato, realizándose durante cinco anos ou, excepcionalmente, durante dez anos na mesma forma prevista para as vivendas descrita *retro* cando o arrendatario sexa unha persoa física ou se trate dunha persoa xurídica cun período de extinción de quince ou vinte anos, nos termos xa sinalados.

Durante eses cinco -ou, no seu caso, dez- anos en que se procede á actualización aplicaranse, en función do período de actualización de que se trate, unhas determinadas porcentaxes (10; 20; 35; 60 e 100, todas elas tantos por cento durante cinco anos respectivamente ou os anteriormente enunciados para as vivendas en dez anos) da renda actualizada que lle corresponda a cada período anual.

Para calcular tal renda actualizada á que se lle aplican as mencionadas porcentaxes, haberá de considerarse que a renda pactada inicialmente no contrato que deu orixe ó arrendamento deberá manter coa renda actualizada a mesma proporción que o Índice Xeral de Prezos de Consumo do mes anterior á data do contrato, con respecto ó índice correspondente ó mes anterior á data de cada actualización.

Esa cantidade esixible da renda actualizada en cada un dos cinco -ou dez- períodos anuais compárase coa cantidade que

efectivamente viñese satisfacendo o arrendatario en concepto de renda e outras cantidades asimiladas que puidesen existir voluntariamente de maneira que o locatario haberá de pagar a cantidade que resulte das operacións de actualización anteriormente descritas só se é superior á renda que viña satisfacendo efectivamente; é posible que da comparación resulte que a cantidade actualizada sexa inferior, de xeito que se aplicará, neste suposto, a porcentaxe inmediatamente superior, ou no seu caso o seguinte ou seguintes que correspondan, ata que a cantidade esixible da renda actualizada sexa superior á que se estivese cobrando sen a actualización, polo que pode suceder que desde a primeira ocasión se alcance o 100 %, e se incremente en tal caso os prazos de duración do contrato expostos en 5 anos máis, o que, así mesmo, se produce se non procede a actualización da nova lei porque a cantidade pagada polo arrendatario é superior a ese tope.

Despois de alcanza-lo 100% de actualización, a renda xa actualizada que corresponda pagar e as cantidades asimiladas a ela (ás que non se lles aplica a actualización dos índices), e durante os anos que falten para a extinción do contrato, poderán ser actualizadas polo arrendador –ou, estrañamente, polo arrendatario, segundo se di na lei– conforme ás variacións que experimente o Índice de Prezos ó Consumo nos doce meses anteriores cando as partes non conviñesen de modo expreso outro sistema de actualización.

## 7. Conclusión


A modo de recapitulación de canto antecedentemente vimos expoñendo, resulta de interese na materia destaca-la posibilidade de legislar sobre aspectos non básicos ou de desenvolvemento das bases do contrato arrendaticio pola Comunidade Autónoma galega a exemplo da Lei catalana 24/1991, do 29 de novembro, de vivenda, que contén diversos preceptos que se refiren ó alugueiro e ó propio contrato de arrendamentos urbanos e isto a pesar de que a nova lei arrendaticia parece presupola competencia exclusiva do Estado.

Así mesmo, devén de especial transcendencia, segundo esta Lei 29/1994, o establecemento dunha nítida diferenza entre arrendamentos de vivenda, obxecto de certa tutela polo Estado, e a normativa prevista para os locais de negocio, con respecto ós cales se pretende unha regulación baseada case exclusivamente no libre acordo das partes.

En efecto, a dita distinción mantense incluso para intentar

resolven os problemas de dereito transitorio de maneira que, fronte á admisión (*rectius*, respecto disto) da prórroga forzosa para os arrendamentos de vivendas anteriores á entrada en vigor do Real decreto-lei 2/1985, do 30 de abril, pola contra, os arrendamentos de locais de negocio detentados por persoas xurídicas están obrigatoriamente suxeitos á súa resolución temporal retroactiva do dereito de prórroga forzosa, ó que se debe unir unha importante actualización da renda.

Este extremo, o sinalamento dun prazo inexorable de extinción dos contratos de arrendamentos de locais de negocio en que o arrendatario sexa unha persoa xurídica, é o aspecto máis destacable da nova lei que se pretende moito máis có da actualización das rendas, que, desde logo, é necesario nas denominadas "rendas conxeladas" pois, noutro caso, a nova lei si que nada en absoluto resolvería.

Agora ben, respecto do período de extinción previsto para os locais de negocio subsistentes, fronte á opción de supresión da prórroga forzosa cun período transitorio que se pode ampliar máis ou menos, pero sempre co mesmo resultado e efecto, a existencia dun día certo de resolución pola que sen ningunha excepción se optaba no Proxecto de 1992, fronte a isto, parécenos máis correcta a alternativa que finalmente prevaleceu, menos drástica para a pequena e mediana empresa, consistente na supresión da prórroga forzosa de maneira indirecta, a cal distingue entre arrendatarios persoas físicas e xurídicas, permite no primeiro caso a prórroga do contrato durante a vida do arrendatario ou ata a súa xubilación e só considera o prazo inexorable para as persoas xurídicas, sobre o cal me inclinei nunha anterior ocasión, ó analiza-lo Proxecto de 1992 no libro *La modernización del Derecho Civil*, Domingo Bello Janeiro (Ed.), Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1994. 



## O gasto público como condicionante de estratexias políticas globais\*

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

José Vilas Nogueira

\* Este traballo é unha versión revisada da intervención nas "Xornadas de estudo sobre austeridade no gasto público", dirixidas polo profesor José M. Canales Aliende, Santiago de Compostela, EGAP, 13-14 de marzo de 1996.

**N**on son moitos os estudos dedicados global e especificamente ó gasto público. A causa é que a consideración do gasto público se disgrega naturalmente na análise das diferentes políticas públicas e as respectivas axencias responsables do gasto.

Non ocorre só así na ciencia política; xa hai anos, Samuelson 1954, nun tan breve como famoso artigo, facía notar que os economistas, con poucas excepcións, desdeshában a teoría do gasto público, consagrando as súas enerxías á teoría da imposición. E aínda que este autor pretendía suplir tal carencia, elaborando unha "teoría pura do gasto público", ó servizo da súa optimización, tal empresa, na marxe dos seus valores formais, non estaba chamada a ter éxito no plano empírico, pois, por definición, as políticas de gasto están tinxidas en considerable medida por factores políticos, con frecuencia de carácter eminentemente continxente. Curiosamente, unha queixa análoga

formulan actualmente algúns especialistas españois en dereito financeiro: o ordenamento lexislativo atende máis ó ingreso e ós seus principios ca ó gasto público. Este reproche é tanto máis significativo canto que a nosa Constitución contén unha constitucionalización dos principios de gasto público, bastante excepcional no dereito comparado<sup>2</sup>. Estas pretensións están, de modo obvio, igualmente, se non máis, afectadas pola mesma limitación, derivada da continxencia política.

Na ciencia política, a relación entre os factores políticos e o gasto público, adoitou enfocarse a partir da enfatización dos factores económicos, naturalmente nun sentido moi distinto do pretendido por Samuelson 1954, sobre a conducta dos gobernos. Algúns escritores aventuraron que o grande volume alcanzado polo gasto público contribuíu a reducir notablemente o ámbito de polarización esquerda-dereita. Aínda que a contraposición conserve agudeza en actitudes e políticas culturais, e outras, a diferenciación de políticas económicas quedaría moi limitada polas constriccións macroeconómicas, que non entenden de posicións de clase nin de filosofías políticas. A influencia dos factores políticos, sobre todo da ideoloxía dos partidos no goberno, sería residual, nun marco limitado polas constriccións socioeconómicas. Sen embargo, Budge e Hofferbert 1990<sup>3</sup> conclúen que a influencia dos factores políticos é moito maior do que conceden estas posicións.

Como condicionante de estratexias políticas globais, aínda que naturalmente todos eles están mutuamente imbricados, os principais aspectos que hai que discernir no gasto público son o do seu volume, o da natureza dos bens ou servizos obxecto do gasto (bens colectivos e bens privados), o da función económica do gasto (gastos de investimento e de consumo) e o da demanda do gasto ou sexa as preferencias dos diferentes grupos sociais en canto ó gasto público, xa no aspecto cuantitativo (volumen do gasto demandado), xa no aspecto cualitativo (demandas de investimento ou de consumo).

## 1. O volume do gasto público e as súas implicacións

O xigantesco volume alcanzado hoxe polo gasto público induce a que sexa considerado preferentemente como un "problema" por resolver. Pero, o gasto público é algo máis ca un "problema", é un factor primordial (ou se se quere a expresión de factores primordiais) de estruturación da sociedade política. Pois, o problema, sen comiñas, máis importante que presenta

<sup>2</sup> "O gasto público realizará unha asignación equitativa dos recursos públicos, e a súa programación e execución responderá ós criterios de eficiencia e economía" (art. 31.2). O problema é a operacionalización de principios como o de equidade, na miña opinión non susceptibles dela, salvo ulterior determinación (cfr. VILAS NOGUEIRA 1991).

<sup>3</sup> "The question of the link between political factors and expenditures has (...) been extensively discussed in the work on policy outputs, which started off (...) by stressing the overwhelming influence of socioeconomic factors on government behavior (...) but subsequently identified a role for political factors—above all, party ideology—within wide socioeconomic constraints (...) With regard to policy outputs" se "has reasserted general party influence (...) over what governments do. Operationally, parties have been credited with certain enduring ideological positions. In the comparative research, policy-compare under one party or party 'family', as opposed to another—is posited to reflect the time-invariant influence of those positions. Such studies have commonly employed general indicators of policy or impact such as levels of expenditure, inflation, or unemployment, sometimes refined by considering the intermediary role of specific government policy instruments such as interest rates". (BUDGE e HOFFERBERT 1990, páx. 112).

<sup>4</sup> Unha excelente ilustración atopámola nos albores do Estado moderno. Foi a insuficiencia dos ingresos "privados" -isto é, dos seus ingresos "señoriais"- dos príncipes que emprenden as etapas preliminares da construción dos estados nacionais, para a instauración da Administración e dos exércitos reais, a que induciu á necesidade do príncipe de recorrer á axuda do "país", a través das súas expresións sociais: os estamentos, reunidos en asemblea. Compréndese que tal axuda fose subordinada a un previo "consello" por parte dos propios estamentos sobre os obxectivos para os que o príncipe solicitaba a súa achega financeira e, en relación máis directa co noso tema, que frecuentemente o consello fose acompañado dun ulterior control sobre a xestión das sumas solicitadas, que se transmataba nunha verdadeira e propia Administración directa por parte dos estamentos da mesma recadación. A incorporación, polo tanto, da sociedade estatal á nacente monarquía nacional é consecuencia principal das necesidades financeiras da Coroa. Posteriormente a necesidade financeira conserva a súa eficacia estruturante da sociedade política, pero agora actúa en contraria dirección: os "dereitos e liberdades estamentais" decaerán tan pronto a Coroa consiga o dereito efectivo de aprobación dos impostos: "*via via che il principe accantonò il diritto di approvazione delle imposte' dei ceti, inventando modi e canali di esazione dei contributi controllati e amministrati direttamente da lui, i ceti perdettero la loro originaria posizione costituzionale*" (SCHIERA, 1971, páx. 1010).

<sup>5</sup> Por exemplo, segundo MUSGRAVE 1969 (94-95), entre 1890 e 1960, o gasto público total su-

(Continúa na páx. 86)

o volume do gasto público é, de modo obvio, o do seu financiamento, e aínda que un e outro están mutuamente condicionados, en xeral, o elemento determinante, algunhas veces case variable independente, é o de gasto. Noutras palabras, as necesidades de gasto das axencias públicas (naturalmente, determinadas historicamente en función de elementos *políticos*, na acepción forte da palabra) son as que determinan a captación de recursos, e non á inversa. As necesidades financeiras son, desde os seus comezos ata os nosos días, un firme fío conductor para o estudo das experiencias estatais<sup>4</sup>.

Por isto, a importancia relativa do gasto público e a súa distribución é un dos mellores indicadores da conformación da organización estatal e das relacións que manteñen nela os actores políticos (lexisladores, executivos e administradores e os cidadáns e as súas asociacións políticas e de intereses). Non é, pois, estraño que sexa común responsabilizar deste xigantesco volume alcanzado polo gasto público o contemporáneo "Estado de benestar". Esta noción supuxo un notable cambio da concepción dos obxectivos da acción pública, cunha subsecuente crise da noción "clásica" de servicio público, derivada da posibilidade doutras formas de consecución e de control dos obxectivos do Estado e das súas axencias, esvaendo (ou confundindo) nalgúns sectores as fronteiras entre o público e o privado. Resulta realmente difícil encontrar hoxe algunha actividade que non estea relacionada directa ou indirectamente, co gasto público.

Desde, aproximadamente, comezos de século, a cifra de gasto público, tanto civil como militar, non deixou de medrar tanto en termos absolutos como en relación ó PIB do respectivo país, aínda que as magnitudes precisas, agás nos últimos anos, non sempre son de fácil establecemento, dadas as diferencias ás veces moi importantes das cifras ofrecidas polos diversos especialistas<sup>5</sup>. Deixando na marxe as diferencias de valoración, si se pode afirmar que, na xeneralidade dos países, as compras públicas e o pagamento de transferencias (de orixe "civil") se incrementaron, tanto en termos absolutos coma relativos. Ó iniciarse esta década, o gasto público nos principais países da OCDE superaba o 35% do PIB (en España, o 35,5), e chegaba nos estados escandinavos ó 50%. Os gastos de "benestar" (educación, sanidade e vivenda) representaban entre un 12 e un 15% do PIB nos estados de benestar "máis avanzados". En xeral, as rúbricas do gasto público (non de transferencias) que absorben máis recursos son: defensa, educación, sanidade e infraestructuras de transporte (principalmente estradas). Incluso nos Estados Uni-



dos o gasto en actividades de benestar é importante, aínda que pode cambiar bastante, segundo a Administración (no sentido americano) no poder. Por relación a comezos de século, (deixando fóra as grandes potencias, nas que o gasto militar creceu tamén moito) as rúbricas que adoitan presentar maior crecemento relativo son educación, sanidade e policía e establecementos penitenciarios.

Esta situación induciu dúas cuestións, polo xeral mesturadas no debate político, e ás veces tamén no teórico, pero loxicamente discernibles. Por un lado o da xustificación normativa do Estado do benestar, ou dito doutro xeito a valoración da súa achega efectiva ó benestar e á igualdade real dos cidadáns. No primeiro aspecto, o pensamento liberal proclamou, sintetizando abruptamente, que o Estado de benestar ó inhibi-la responsabilidade individual aboca a unha situación menos que óptima do benestar colectivo. No segundo aspecto, en sentido contrario, Godin 1988 e outros autores cuestionaron a funcionalidade do Estado de benestar como mecanismo de igualdade. Por outro lado, aínda entre os que non se cuestionan a desexabilidade do "Estado de benestar", suscitouse a interrogación das posibilidades do seu mantemento no presente contexto económico, ó que non é alleo a crecente competencia industrial e comercial dos países asiáticos, os traballadores dos cales teñen salarios reais (non só pola ausencia de prestacións sociais, pero tamén por isto) infinitamente máis baixos cós seus colegas europeos. O exemplo de Suecia, onde o gasto público, a comezo dos anos oitenta, alcanzaba case o 70% do PIB, non só non parece susceptible de xeneralización, senón que é dubidoso que se poida manter. A controversia nos últimos anos sobre o público e o privado nos sistemas económico e social vén en grande parte determinada pola situación do gasto público en benestar social na maioría dos países avanzados.

Consecuentemente, xeneralizouse a apreciación de que o Estado se atopa sumido nunha crise fiscal (expresión popularizada principalmente como título do libro de O'Connor 1973) ou financeira, revelada por un avultado déficit público, que ameaza con "eternizarse". O grande volume do déficit público contribuíu moi eficazmente ó abandono da perspectiva decimonónica de postulación dun límite ó volume dos impostos. Isto resulta patente se se considera que só a porcentaxe de gasto público en servizos sociais equivale aproximadamente ó máximo de imposición que as formulacións normativas dos economistas decimonónicos consideraban tolerable para o desenvolvemento satisfactorio da economía.

biu nos Estados Unidos dun pouco menos do 7% ó 33; en Gran Bretaña do 9 ó 38% e en Alemaña do 13 ó 44%. Se excluímo-lo gasto militar, as porcentaxes no mesmo período subiron do 5 ó 18% do PIB nos Estados Unidos; do 5 ó 28% en Inglaterra; e do 10 ó 38% en Alemaña. Pero, O'CONNOR 1973 (97) que recolle estas porcentaxes, por certo con innecesarias imprecisións, inmediatamente se fai eco, sen que a diferenza lle mereza o mínimo comentario, doutros, recollidos doutros autores, segundo os cales o total do gasto público en tódolos niveis de goberno nos Estados Unidos pasou do 12,8% (23%, segundo MUSGRAVE 1969, 94) do PIB en 1945-50 ó 22,4 en 1966-70. O gasto público local e estatal (é dicir, dos estados membros; non federal) case dobraría, pasando do 5,9% do PIB en 1946-50 ó 11,5 en 1966-70. Os gastos federais non militares tamén creceron durante este período, pasando do 1,8 ó 2,4% do PIB. Os desembolsos en defensa nacional saltarían do 5,1% do PIB en 1946-50 (8,4% segundo MUSGRAVE 1969, 94) ó 12,3% en 1951-53, descendendo ó 8,4% en 1961-65 (sobre o 11% para MUSGRAVE, 1969, páx. 94).

Non pode sorprenden, pois, que en anos recentes, irrompesen no panorama político posicións de goberno que situaron directamente o gasto público no núcleo da súa retórica económica e política, como o da Sra. Thatcher no Reino Unido e o do presidente Reagan nos Estados Unidos.

Cando a Sra. Thatcher formou o seu primeiro goberno, en 1979, encontrouse cun gasto público próximo ó 50% do PIB, os principais capítulos do cal eran a sanidade e a Seguridade Social (34,4% do gasto público), a educación (14,4%) e a vivenda (7,5%). En resposta, como é sabido, iniciou unha política de limitación do gasto público. Pola súa parte, un dos máis importantes obxectivos da administración Reagan ó acceder ó poder foi a reorientación das políticas fiscal e orzamentaria dos Estados Unidos<sup>6</sup>. O gasto público foi considerado o principal responsable do devalo da produtividade norteamericana e, máis en xeral, dos principais problemas económicos do país. Os compoñentes clave do novo enfoque foron incrementos nos gastos de defensa, recortes nos gastos domésticos e recortes nos impostos. En 1981, o Congreso aprobou un orzamento que incorporaba estes tres compoñentes, e a "revolución" Reagan parecía iniciarse solidamente. Sen embargo, aínda que a Administración conseguiu a aprobación polo Congreso das súas propostas, os críticos afirmaron que as políticas fiscal, impositiva e orzamentaria de Reagan eran inconsistentes. ¿Como podían ser incrementados os gastos de defensa, manter intactas as prestacións netas da Seguridade Social para os pobres, deixar intocados os principais "dereitos" das clases medias, e recorta-los impostos, sen crear inmensos déficits para o futuro previsible? A Administración baseábase na crenza de que o recorte dos impostos e dos incentivos ó investimento producirían un rápido crecemento económico a curto prazo, ó incrementa-los ingresos e equilibra-lo orzamento. Pero, *"without debating the long-run benefits to economic prosperity of incentives for investment, it can be safely stated that the projected short-run growth in federal revenues did not materialize"* (Kamlet, Mowery e Su 1988, 1294). Con todo, na década seguinte, outros gobernos occidentais sumáronse, con maior ou menor énfase, a políticas restrictivas do gasto e, con frecuencia, a políticas privatizadoras.

Pero, tamén desde posicións máis moderadas ou eclécticas, boa parte das énfases na eficacia da xestión pública, no descenso da presión fiscal, na privatización de actividades e de servizos son respostas a este problema. Polo tanto, cabe anticipar xa que os remedios a aquela crise se poden buscar substancialmente, sexa na mellora da xestión pública, de optimización do emprego

<sup>6</sup> *"The Reaganadministration yielded to no one in 1981 in describing its approach to budgetary and economic policy as a break with the economic and political priorities of previous administrations"* (KAMLET, MOWERY e SU, 1988, páx. 1293).

dos recursos para un volume dado de *output* público (de prestación de servicios públicos), sexa nunha redución do *output* público, por exemplo, postulando a renuncia á satisfacción pública de certos obxectivos, preferentemente dos atribuídos ó chamado Estado de benestar. Na xerga dos políticos, a alternativa sería ou "facer máis eficiente o Estado" ou "reducir Estado", aínda que comunmente pretenden incidir de modo simultáneo nos dous terreos.

Sen embargo, o obxectivo da redución do gasto público non é doado de alcanzar, sobre todo en sociedades como a nosa de tradición estatista, ou de predominio dunha cultura colectivista xerárquica, en termos de Wildavsky (*cf.*, Vilas Nogueira 1994), onde se demanda dos políticos que resolvan (se é posible) tódolos problemas sociais, e a resolución destes problemas adoita implicar custos. Máis en particular, a crise de emprego que vive a nosa época induce unha forte demanda de medidas públicas, creadoras de emprego ou paliativas do desemprego. Son sempre máis e máis eficientes as determinacións a prol do gasto público cás da súa redución, de maneira que algúns autores postularon a necesidade dun consenso social, específico, como único instrumento eficaz nesta dirección (*cf.* Fernández Caínzos 1993, 309). As magnitudes do déficit público e da carga de intereses da débeda pública nestes últimos anos e nos países da OCDE, poden verse na táboa seguinte:

	Déficit público			Variación do déficit 1990-93	Carga de intereses a débeda 1993
	1991	1992	1993	(Valores en % do PIB)	
B	6,8	7,1	7,0	1,6	11,1
DK	2,2	2,6	4,4	2,9	7,5
WD	3,5	2,3	2,8	1,7	3,2
D	3,2	2,6	3,3		
GR	16,3	13,2	15,5	-3,1	15,0
E	5,2	4,6	7,2	3,3	5,0
F	2,1	3,8	5,5	4,4	3,7
IRL	2,0	2,3	2,3	0,8	7,3
I	10,2	9,5	9,4	-0,9	12,0
L	1,0	2,5	2,5	5,8	0,8
NL	2,5	3,5	4,0	-1,1	6,3
P	7,6	3,3	7,1	3,4	7,6
UK	2,7	6,3	7,6	6,4	3,1
EC	4,6	5,0	6,0	2,4	5,6

Fonte: Informe económico anual 1994. Comisión Comunitade Europea.

En Grecia, o déficit público oscila ó redor do 15% do PIB, en Italia entre o 9 e o 10, e en Bélxica, España, Portugal e o Reino Unido sobre o 7%. Na maior parte dos países membros, deuse entre 1990-93 un agravamento do déficit público, que encontra a súa principal explicación na recesión económica. Un compoñente estrutural que incide no déficit público é a carga de intereses derivada dos saldos acumulados de débeda pública. Da comparación dos datos de déficit público de 1993 cos datos relativos da carga de intereses sobre o PIB, resulta que esta última superaba os déficits públicos en numerosos países membros. Só seis países tiñan déficit primario, é dicir, excluída a carga de intereses: Reino Unido (4,5%), España e Francia (2,2%), Luxemburgo, Portugal e Grecia, en porcentaxes menores.

Os saldos de débeda pública en termos de PIB seguen agravándose, e chegan a alcanza-la media comunitaria dun 65,9%, e a superar así o nivel do 60% fixado nos obxectivos de converxencia. Ó finalizar 1993, só Alemaña, España, Francia, Reino Unido e Luxemburgo cumprían o dito obxectivo e, coa actual tendencia dos déficits públicos é previsible que nos anos próximos serán aínda menos os países que cumpran o dito requisito. Segundo as estimacións realizadas polos servicios da Comisión da CE, no caso de que se desenvolvan as políticas máis oportunas desde o punto de vista do crecemento e da xeración de emprego, o saldo medio de débeda ó finalizar 1996 situaríase nun 78% do PIB.

Visto que o obxectivo de converxencia, que fixaba o saldo de débeda pública nun 60% do PIB para xaneiro de 1997, resulta inalcanzable, é evidente que as políticas orzamentarias da terceira fase da Unión dispoñerán de menor marxe de manobra polo peso da carga de intereses no gasto público. Nun horizonte desta natureza resulta prioritario o mantemento duns baixos tipos de interese nominais e reais que permitan reduci-lo peso da carga da débeda no PIB.

## **2. A redución do gasto público pola mellora da xestión**

A presión xerada polo grande volume do gasto público sobre obxectivos de mellora da xestión tivo incluso traducións normativas ó máximo nivel do sistema, como entre nós coa constitucionalización do principio de eficiencia (art. 31.2 Constitución).

Outra dirección vinculada ós intentos de redución do gasto público encóntrase en políticas de trasposos de servicios e em-

presas públicas ó sector privado, na liña de privatizacións emprendida pola maioría dos gobernos nos anos oitenta. Pero isto, paradoxalmente, non sempre supuxo unha redución do gasto público, senón ás veces todo o contrario, pola asunción de compromisos de gasto en apoio do proceso privatizador, en razón do carácter non lucrativo das empresas ou dos servicios afectados, cando non de simple torpeza ou corrupción dos axentes públicos que dirixiron o proceso.

Por outra parte, os intentos de personificación privada, no sentido de entidades sometidas ó dereito privado, de servicios e de actividades que formaban parte da xestión administrativa indiferenciada presentan o obvio problema da posibilidade de perda do control público sobre as actividades e os produtos reducidos á xestión privada. Nalgúns casos produciuse así unha zona incerta entre o público e o privado, onde os xestores privados se benefician dalgúns dos atributos do *ius imperii* da Administración, como consecuencia da teleoloxía pública das actividades que prestan, sen, en cambio encontrarse sometidos a un control público eficaz, o que pode redundar na parasitización por intereses privados destas actividades e na redución das garantías dos cidadáns.

### 3. O gasto público e a natureza económica dos bens e servicios: bens privados e colectivos

Polo que atinxe á natureza do gasto público, como é sabido, o punto de partida de Samuelson é a diferenciación entre dúas categorías de bens: *bens de consumo* (ordinariamente) *privado*, que poden ser divididos entre os diferentes consumidores, e *bens de consumo colectivo*. Estes no implican ningunha mística entidade colectiva, senón, simplemente, son bens "*which all enjoy in common in the sense that each individual's consumption of such a good leads to no subtraction from any other individual's consumption of that good*" (Samuelson 1954, 387). Este autor mostrou que "*no decentralized pricing systems can serve to determine optimally (...) (the, JVN) levels of collective consumption*. Claro que, "*other kinds of 'voting' or 'signalling' would have to be tried*". Como o mesmo autor di, "*of course, utopian voting and signalling schemes can be imagined ('Scandinavian consensus', Kant's 'categorical imperative'*". En consecuencia, "*one could imagine every person in the community being indoctrinated to behave like a 'parametric decentralized bureaucrat' who reveals his preferences by signalling in response to price parameters or Lagrangean multipliers, to question-*

naires, or to other devices. But there is still this fundamental technical difference going to the heart of the whole problem of social economy: by departing from his indoctrinated rules, any one person can hope to snatch some selfish benefit in a way not possible under the self-policing competitive pricing of private goods; and the 'external economies' or 'jointness of demand' intrinsic to the very concept of collective goods and governmental activities makes it impossible for the grand ensemble of optimizing equations to have that special pattern of zeros which makes *laissez-faire* competition even *theoretically possible as an analogue computer*" (Samuelson 1954, 389).

Sen embargo, na realidade, a maioría dos bens e servicios subministrados "publicamente" non son bens colectivos. Ten razón Margolis (1955, 348), ó afirmar que "*an 'economist's, qua economist, solution' to the problem of public expenditure is an error*". Este autor, esaxerando un pouco, só admite como bens colectivos a defensa nacional e os faros marítimos. Casos que parecen típicos de bens colectivos como as autoestradas deixan de selo cando a demanda excede a súa capacidade de utilización "normal". É difícil que o automobilista atrapado nun embotellamento admita a plausibilidade do argumento de que o uso da autoestrada por outros cidadáns non implica ningún custo para el. Isto resulta aínda máis evidente no caso de servicios médicos ou educativos. Incluso as funcións máis tinxidas de carácter soberano como a xustiza e a policía non se traducen na prestación de "bens colectivos", no sentido estricto da definición samuelsoniana. Calquera sabe que a sobrecarga de traballo de tribunais e policía afecta ó custo (en celeridade e eficacia) da prestación dos seus servicios para cada demandante individual dos mesmos.

Pero, incluso, cunha definición menos restrictiva dos bens colectivos, resta o problema da plausibilidade da pretensión de Samuelson (1954, 388) de división, con base en razóns de simple teoría económica, do orzamento en dous sectores, un "privado" e outro "sociopolítico". Esquemáticamente a súa argumentación é a seguinte: o sector "privado", que non presenta dificultades, consiste en "*algebraic taxes and transfers* (de redistribución de rendas, JVN, que) *would have to be varied until society is swung to the ethical observer's optimum*". As dificultades xorden no segundo sector, a provisión de bens colectivos. O núcleo do argumento de Samuelson contra un sistema de prezos descentralizado para tódolos servicios públicos é a súa, xa anticipada, definición de ben colectivo. Dela dedúcese que calquera consumidor dun ben colectivo non ten interese racional en excluí-lo consumo de terceiros, pois cada un recibe o total bene-

ficio do ben; pola contra, en xeral obterá beneficio do incremento de consumos concorrentes, pois cantos máis paguen por estes bens indivisibles menor custo terá a unidade adicional do ben ou servicio. A causa destas características técnicas, o ben non se pode converter en propiedade privada. *"Since Samuelson claims that he is analyzing 'the theory of optimal public expenditures' we must assume that he is asserting that there are public expenditures on services if and only if these services are collective consumption goods"* (Margolis 1955, 347). Prescindindo de consideracións de factibilidade, hai unha fronteira de utilidade máxima (ordinal) representativa dos puntos óptimo-paretiáns; coa propiedade que tras esa fronteira unha persoa só pode mellorar se empeora outra. Se desexamos facer xuízos normativos sobre o relativo desexo ético de diferentes configuracións, implicando individuos con niveis moi diferentes de indiferencia, debemos presentar un conxunto de normas ordinais interpersoais ou unha "función de benestar social" representando un conxunto consistente de preferencias éticas entre tódolos posibles estados do sistema (Samuelson 1954, 387). Non é unha tarefa "científica" deduci-la forma desta función; pode ter tantas como puntos de vista éticos sexan posibles; a única restricción da función de benestar social é que crecerá ou decrecerá cando toda preferencia persoal dun individuo creza ou decreza, supoñendo que tódolos outros permanecen nos seus niveis de indiferencia. Polo tanto, Samuelson 1954 adhírese ás teorías do "intercambio-voluntario" da facenda pública. Se houberse unha omnisciente máquina calculadora poderíanse resolver as ecuacións de mellora das funcións de benestar social de todas e cada unha das persoas. Tal máquina non existe, pero si un mecanismo análogo: o sistema de prezos nun mercado competitivo, en tanto tódolos bens sexan privados. Efectivamente, se non houberse bens de consumo colectivo, a solución sería simple, porque a competencia perfecta entre as empresas produtoras aseguraría que os bens fosen producidos ó mínimo custo e vendidos ó custo marxinal exacto, con tódolos factores recibindo as súas producións marginais exactas; e, por outra parte, cada individuo, ó buscar como comprador competitivo alcanza-lo máis elevado nivel de indiferencia suxeito ós prezos e impostos dados, sería conducido como por unha man invisible á grande solución da posición de máximo social. Desde logo, habería de manterse o marco institucional da competencia e seguiría sendo necesaria a adopción de decisións políticas, pero nun nivel mínimo; particularmente o requirido para que os impostos e as transferencias experimentasen as variacións precisas ata que a sociedade alcanzase o

óptimo ético. Non habería que tomar decisións explícitas verbo do consumo e do traballo detallado de cada persoa; necesitaríase só decidir sobre poder de compra xeneralizado, sabendo que cada persoa o empregaría optimamente. Cada persoa estaría motivada para face-la indicación dos seus gustos, necesaria para definir e logralo punto de maior felicidade social alcanzable.

Aínda que isto seguiría sendo válido no caso de consumo colectivo, dado que, como vimos, este non pode ser determinado optimamente por ningún sistema de prezos descentralizado, e que son precisos outros criterios de elección ou indicación, "*now it is in the selfish interest of each person to give false signals, to pretend to have less interest in a given collective consumption activity than he really has, etc.*" (Samuelson, 1954, 389).

Esta formulación parte dunha imaxe ideal do Estado liberal. En tanto os valores son determinados polas preferencias de individuos independentes, unha economía "privada" de mercado é a condición "natural" da sociedade e conducirá á maximización dos valores producidos. Pero algúns bens susceptibles de demanda non son producidos, ou son producidos en cantidade insuficiente, dado que as leis da propiedade só lles poden ser aplicadas imperfectamente. Canto máis limitada estea a capacidade de propiedade privada sobre un ben, menor será o beneficio da súa produción e menos eficiente será a economía "natural". Por conseguinte, faise necesaria a produción colectiva. En xeral, o argumento segue as mesmas liñas có da diverxencia entre beneficios sociais e privados, a causa da existencia de beneficios inapropiables.

Pero esta formulación non serve para entende-la maioría dos gastos públicos, nos estados "reais", que adoitan distar máis ou menos, máis ben máis que menos, do Estado liberal "ideal". Na realidade, os estados, incluso os máis "liberais" imponen o uso dos seus "servicios", por exemplo, a defensa nacional, a educación elemental ou o seguro de desemprego. Outros servicios poden non ser libres para tódolos que desexan participar deles, senón que son asignados diferencialmente por medio do prezo ou doutros criterios. Cando son "libres", os custos privados asociados coa súa utilización poden implicar unha forma de asignación diferencial. Frecuentemente non hai ningunha razón técnica para que os bens prestados publicamente non poidan ser distribuídos sobre unha base privada, pois serven a fins privados e son divisibles.



#### 4. O gasto público e a natureza económica dos bens e servicios: bens de capital e bens de consumo

O investimento é un elemento crucial do crecemento económico [Solow 1988 (orix. 1969); Ram 1986]. O investimento social pode ser dividido en capital físico e capital humano. O capital físico *"consists of physical economic infrastructure —for example, roads and highways, airports, railroads, ports, and other transportation facilities; electric, gas, water, sewer, and related industrial development projects; plant and equipment for education and research and development; investments in water and land improvement and related investment in agricultural and mineral exploitation and construction; urban renewal projects such as commercial structures, sports stadiums, parking garages, and so forth. Human capital consists of teaching, administrative, and other services at all levels of the education system and scientific and R & D services both inside and outside of the education establishment"* (O'Connor, 1973, páx. 101).

En tódolos países avanzados o grande capital socializou todo ou parte dos custos para planificar, construír, desenvolver e modernizar proxectos de capital social físico. Estes custos son socializados por dúas razóns xerais. En primeiro lugar, a maior parte do capital físico utilízase para subministrar bens ou servicios que o capital privado require de modo permanente. A maximización de beneficios a curto ou medio prazo en produción e distribución de enerxía eléctrica, investimentos no desenvolvemento marítimo, modernización de portos e proxectos similares é moi importante para as corporacións e industrias inmediatamente afectadas (por ex., firmas de construción, compañías enerxéticas privadas, etc.). Pero estes proxectos sérvelle a un amplo número de diversas corporacións e industrias, e desde o punto de vista do capital como un conxunto, os proxectos son importantes principalmente porque aseguran unha subministración regular de bens ou de servicios a prezos mínimos e estables. En segundo lugar, os proxectos son socializados porque os custos frecuentemente exceden os recursos das compañías inmediatamente afectadas ou son considerados por elas como riscos financeiros inaceptables.

O capital social físico pódese dividir en investimentos complementarios e investimentos discrecionais. *"Complementary investments consist of facilities without which private capital projects would be unprofitable; they are determined completely by the rhythm of private capital accumulation (or by the spheres that private capital has chosen to expand and by the technical relations or coefficients between particular private and complementary investments)"* (O'Connor,

1973, páx. 102). Así, os investimentos complementarios son unha forma especial de investimento privado, e dado que a acumulación privada é un proceso crecentemente social (pois a economía é crecentemente interdependente) non hai límite técnico para as instalacións financiadas publicamente que complementan os investimentos privados. Os máis puros exemplos de investimentos complementarios son os proxectos de infraestrutura en economías subdesenvolvidas que producen un ou dous produtos primarios para a exportación. Os investimentos privados en agricultura ou minería (ou en ambas) determinan completamente os obxectivos, localización, escala e grao de flexibilidade dos ferrocarrís, portos, estradas, comunicacións, instalacións enerxéticas, etc. Os *investimentos discrecionais* están dirixidos a incentivar a acumulación privada. Estes proxectos normalmente non son xulgados sobre a base da rendibilidade dunha particular industria ou corporación, senón sobre a base da rendibilidade para unha enteira comunidade ou rexión. Frequentemente un investimento é asemade complementario e discrecional. Por exemplo, novas extensións ou ramais de autovías facilitan o transporte de bens e tamén provén incentivos para novos investimentos. Sen embargo, os investimentos complementarios son parte do crecemento normal do capital, mentres que os investimentos discrecionais normalmente se fan en épocas de crise, cando o capital carece de oportunidades rendibles, ou cando rexións determinadas sofren por causa de que as industrias locais están en declive. Enténdese que ámbalas clases de investimentos elevan os beneficios privados, pero o gasto discrecional pode ter pouco ou ningún efecto sobre os beneficios a curto ou medio prazo.

Os investimentos que non necesitan someterse á proba do mercado (directamente no caso do investimento privado, indirectamente no caso do investimento social complementario) son por definición "ineficientes" desde o punto de vista do capital. Os investimentos discrecionais poden ser un verdadeiro estrago. Por exemplo, ata 1902 os franceses subvencionaban cuantiosamente barcos de vela, precisamente no momento do ascenso do buque de vapor, e conseguintemente obtiveron a mariña mercante tecnicamente máis atrasada e quizais menos rendible de tódolos países avanzados. A causa de que os investimentos discrecionais non adoitan supera-la proba do mercado ten pouca importancia cuantitativa nos períodos de prosperidade e de alto emprego. En cambio, en épocas de recesión as diferentes axencias públicas poden promover novas instalacións comerciais e industriais e pode que os gobernos territoriais com-

pitan pola súa localización no seu respectivo ámbito de competencia, subministrándolle exencións ou axudas a baixo custo ó capital privado. O que é máis importante, no contexto da crise fiscal da sociedade no seu conxunto, isto é dunha crise social, que forza ó grande capital a intentar desenvolve-lo complexo socioindustrial, tódolos niveis de goberno se verán obrigados a subvencionar novas "solucións" para os problemas de transporte e desenvolvemento da forza de traballo, control da contaminación, control da delincuencia, problemas da Administración de prisións, hospitais e outras institucións, etc.

Ademais, os desembolsos en capital físico xeran efectos económicos a longo prazo, complexos e frecuentemente inesperados (por exemplo, esperábase que as autovías que enlazan as cidades cos seus arredores axilizasen o fluxo de tráfico comercial e de pasaxeiros; o seu efecto real foi producir monumentais atascos de tráfico). O crecente tamaño, complexidade e interdependencia da produción privada e o impacto en moitas vertentes a longo prazo dos investimentos sociais físicos (incluíndo o total proceso de urbanización) significou que o capital privado buscase o acceso ó control de, non só as materias primas, as instalacións de transporte, mercados e outras esferas "tradicionais", senón tamén as pautas rexionais de utilización da terra, instalacións culturais e recreativas, e outros recursos tradicionalmente alleos ó dominio do capital privado.

Noutras palabras, a necesidade de maior planificación económica e de maior control do orzamento do Estado e das axencias estatais significa que tódolos aspectos da vida diaria se converten potencialmente en importantes para o crecemento da produción e dos beneficios privados. Esta análise conseguiu aceptación entre os economistas de tódolos credos<sup>7</sup>.

A segunda razón para o crecemento dos investimentos sociais físicos é que os proxectos de infraestrutura son progresivamente máis amplos en termos absolutos. Por exemplo, o grande tamaño das modernas aeronaves deixou moitos aeroportos obsoletos, requirindo a construción de instalacións enteiramente novas. Outro exemplo son os modernos xigantescos buques-cisterna que requiriron novos portos de grande calado. Pero, ademais, estes proxectos non son só máis intensivos en capital, senón que frecuentemente teñen un carácter "indivisible", isto é, pantanos, pazos de congresos, estadios deportivos, e proxectos similares deben construírse en unidades discretas, amplas. Nos niveis de goberno local e rexional, a competencia para atraer instalacións deste tipo pode xerar unha superoferta de proxectos de infraestruturas físicas de financiamento público.

<sup>7</sup> Por exemplo, MUSGRAVE (1969, páx. 77) escribía "private goods which demand complementary public investment may come to the fore, and this in turn may raise the share of public investment. Thus the fiscal systems of European countries will be burdened heavily in the next decade by a greatly increased need for highway facilities, due to the fact that the rise of consumer incomes will permit widespread use of automobiles. The development of urban concentration in conjunction with industrialization calls for municipal programs involving large public investment. Increased need for skilled labor places higher demands upon education and the need for human investment".

Por mor do carácter social do capital público, case todo o gasto do Estado é parcialmente investimento social, parcialmente consumo social e parcialmente gasto social. Sen embargo, sempre hai un conxunto preponderante de forzas sociais (sociedades e grupos industriais, asociacións mercantís, sindicatos, partidos políticos, etc.) que determinan a clase, o tamaño e a localización das particulares actividades e instalacións públicas. Os gastos en transporte teñen claramente un carácter mixto. Sen embargo, nos Estados Unidos un conxunto de forzas –o “complexo do automóbil” ou o “lobby das autoestradas”– determina considerablemente a natureza xeral do sistema de transporte<sup>8</sup>. Servicios de transporte e entrega de mercadorías de curto e longo traxecto e de mensaxería, por estrada, ferrocarril, aéreos, fluviais e unha grande parte de viaxes persoais non regulares, en avión, en coche ou noutros medios son indispensables para a produción e distribución dos bens por calquera empresa en calquera rama. Por estas razóns, os gastos en transporte explícanse baixo a rúbrica xeral de investimento social. Pola simple medida do volume total, os desembolsos en transporte (particularmente en autoestradas) son os investimentos en capital físico máis importantes. Ata hai pouco, a política de construción de autoestradas excluía modos de transporte concorrentes, especialmente servicios de transporte urbano e ferrocarrís interurbanos rápidos, principalmente a causa de que os proxectos de autoestradas lles servían mellor ós intereses do capital privado. É amplamente recoñecido que o crecemento económico nas décadas recentes foi encabezado pola produción de automóviles e industrias relacionadas, actividades de descentralización industrial e comercial, construción de residencias nos alfofes, e unha vasta extensión de instalacións recreativas, todo o cal require un inmenso complexo de autoestradas, nacionais e rexionais, estradas de acceso, pontes e túneles, e instalacións subsidiarias. En contra da aparencia, o transporte privado por estrada pode supoñer unha maior socialización dos custos do transporte interurbano (se non hai peaxe e se o imposto sobre a gasolina é baixo) có transporte público<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> *“And although suburban roads, city streets, and many communication facilities are used as social consumption (because the work force require these facilities), transportation outlays to a large degree are intended to serve private capital”* (O’CONNOR, 1973, páx. 105).

<sup>9</sup> *“Rejecting public transportation and toll highways (although not user taxation in the form of the gas tax), the state has socialized intercity highway systems paid for by the taxpayer not without great encouragement from the rubber, petroleum, and auto industries”* (O’CONNOR, 1973, páx. 106).

## 5. O gasto público e a natureza política dos bens e servicios

Este último é un caso moi claro, pero en xeral, case inevitablemente, o gasto público (e non só o ingreso) comporta efectos máis ou menos deliberados de redistribución de rendas.

Politicamente non tódolos bens e servicios públicos son iguais, incluso cando comparten a mesma natureza económica. A defensa nacional é un moi bo exemplo de ben colectivo, pero a súa cobertura pública, ou quizais mellor, as modalidades dela non son alleas a determinacións políticas particulares<sup>10</sup>. Por deplorable que poida resultar, as necesidades de gasto militar son máis restrictivas que algunhas outras necesidades públicas. Por poñer un exemplo moi expresivo desta percepción xeneralizada, Caspar Weinberger, secretario de Defensa dos Estados Unidos amoestaba os congresistas do seu país comprometidos na elaboración do orzamento: *"you're making a terrible mistake if you try to adjust your defense budget to food stamps, harbor dredgings and highways. It's the threat that makes the budget"* (cito por Ostrom e Marra 1986, 819-820). (Naturalmente, é alleo ó noso tema se o gasto militar é espontáneo ou reactivo, se os responsables políticos cren de verdade nunha ameaza exterior ou se a simulan, etc.)

En tódolos países os gastos de defensa nacional acadaron contemporaneamente cifras importantes, e nalgúns teñen un enorme peso relativo. Na bibliografía sobre gastos de defensa e logros económicos nos países industrializados predomina a opinión de que niveis reducidos de gasto militar, ora promoven directamente o crecemento, ora estimulan o investimento, que á súa vez promove o crecemento (Rasler e Thompson 1988 e Mintz e Huang 1990). Habería, polo tanto, unha relación negativa entre gastos militares e investimento. *"Others similarly find that higher military spending has stifled investment while lower levels of military spending have encouraged investment"* (Mintz e Huang, 1990, páx. 1283). Kennedy (1983, páx. 98) mantén esta correlación negativa para os países máis ricos, mentres que a situación é ambigua para os países en desenvolvemento. Rasler e Thompson 1988 ofrecen una explicación desta relación.

*"Private and (nonmilitary) public consumption account for more than half of the total output of the economy and are highly resistant to reductions. Accordingly, military spending and investment compete for the non-consumption portion of the total productive capacity of the economy. Increased levels of military spending crowd out investment, while reduced levels promote investment. Moreover, nonpersonnel military expenditures and investment demands are directed at roughly the same industries. Increased military demand may therefore cause supply bottlenecks that squeeze investment. Increased levels of defense spending may also entail higher taxes or government borrowing in the capital markets, funds that might have otherwise gone to investment, while reduced levels of military spending may lead to lower taxes or less government borrowing (...). Since military spending is hyphotesized to*

<sup>10</sup> Como vimos, a necesidade de financia-los exercicios reais está na base dos sistemas impositivos nacionais. Naturalmente, a guerra non ten hoxe a mesma funcionalidade económica que naqueles tempos, nos que primariamente era un medio de acumulación de riqueza: *"la guerra era, posiblemente, el modo más racional y más rápido de que disponía cualquier clase dominante en el feudalismo para expandir la extracción de excedente"*, (ANDERSON, 1979, páx. 26).

*have a negative impact on investment, it is expected that it will also have a negative, indirect impact on growth (...). Conversely, cuts in military spending may stimulate investment, which in turn may have a positive impact on growth*", (Mintz e Huang 1990, páx. 1.284). Kennedy 1988 subliña que o crecemento económico nos Estados Unidos padece as consecuencias da énfase imperialista e o conseguinte aumento do gasto militar. As investigacións empíricas sobre o gasto de defensa e o crecemento económico mostraron que a relación entre ambos é complexa: mentres algúns estudosos encontran que os gastos militares teñen un impacto amortiguador do crecemento, outros foron incapaces de atopar ningunha proba dunha diminución do crecemento por causa deles, mentres que outros, finalmente, sosteñen unha correlación positiva, por exemplo, a partir das innovacións tecnolóxicas e as súas derivacións. Rasler e Thompson 1988 encontran unha discordancia particularmente importante nos Estados Unidos da posguerra. Mintz e Huang (1990) manteñen a hipótese de que na medida en que niveis reducidos de gasto militar alentan o investimento, promoven indirectamente o crecemento económico.

En cambio, a educación é un *"private consumption good which can be parcelled put among different individuals"*, (Samuelson 1954, páx. 387). Sen embargo, na contemporaneidade é difícil non encontrar algún grao de oferta pública de educación, e algunhas veces a exclusividade da prestación pública. É obvio que neste caso as razóns non teñen nada que ver coa natureza do ben. Case sempre concorreron dous tipos de razóns, en combinación desigual segundo os tempos e lugares. Unha de tipo ideolóxico, en defensa do sistema político estatal, isto é do aseguramento da adhesión ó mesmo por parte dos individuos, con prioridade a pretensións alternativas doutros sistemas, polo xeral das igrexas (e moi caracterizadamente da Igrexa católica). Outra de integración social, xa equipando dun mínimo de educación a xeneralidade dos individuos, que unha oferta privada dificilmente podería asegurar, xa de promoción social e de circulación de elites. Así Margolis (1955, páx. 348) afirma que a oferta de educación pública é un reflexo do poder político das clases desposuídas.

Aínda que esta afirmación encerra seguramente un núcleo de verdade, a súa formulación é demasiado perentoria. A xeneralización dun mínimo de educación aínda que aproveitase ós individuos das clases desposuídas non sempre reflectiu poder político destas clases (se, como parece razoable, a expresión poder político quere dicir algo distinto a ser destinatario dunha

política pública beneficiosa). Por outra parte, esta xeneralización serviu tamén intereses das clases posuidoras e/ou intereses do conxunto da comunidade, como a elevación da produtividade; e tamén da “producción simbólica” de identidade nacional. Parecida ambigüidade, fronte ás comprensións marxistas ou de influencia marxista, ten a función “igualatoria” da educación pública. Deixando na marxe preocupacións ideolóxicas, a educación pública asegura mellor cá privada a circulación das elites, pero fóra deste aspecto a súa eficacia de igualación social parece ser moito máis modesta do que se adoita crer.

## **6. A renuncia á estatalización de procesos de produción**

Cada vez ten menos creto a nacionalización ou estatalización de procesos económicos de produción ou de distribución de bens materiais, particularmente dos primeiros, circunstancia á que tampouco é alleo o contexto cada vez máis estendido de relacións económicas, e as presións políticas que del derivan. Un exemplo destacado do fracaso das fórmulas nacionalizadoras, malia a ampla e profunda tradición estatalista do país, atópase nas experiencias francesas de 1982. Por outra parte, o fracaso das economías colectivizadas púxose de manifesto estrepitosamente coa caída dos sistemas políticos soviético e europeo-orientais daquela influencia. En “Occidente”, impulsados polas necesidades orzamentarias que provocan os déficits públicos e pola resistencia ó aumento dos impostos, desenvóléronse privatizacións de empresas e de servizos públicos na maioría dos países e nos sectores e actividades máis variados.

O concurso destes feitos durante a década dos oitenta así como un amplo acordo sobre as metas económicas fundamentais (consideración prioritaria da estabilidade económica e financeira, procura da recuperación do aforro e do investimento, procura da elevación da produtividade tanto no sector privado como no público), inducidas, polo menos parcialmente, polo aumento da competencia doméstica e internacional, contribuíron a centra-la atención dun modo especial na importancia do gasto público. A partir de aquí fíxose patente a necesidade de instrumentar un control do gasto que permita alcanzar aqueles fins sen dana-las esixencias dos estados de benestar. Trátase, pois, de mellora-la eficiencia do sector económico público, afrontando a contención do gasto público e descubriendo novas fórmulas de actuación que permitan o mantemento do sistema.

Sen embargo, os métodos tradicionais de control externo do sector público son pouco eficaces respecto dos puntos cardinais das políticas de gasto público. Por isto se postularon novas formas de control con ánimo de reduci-la sobreexpansión orzamentaria, a ausencia de toda noción de límites fiscais e en xeral as implicacións negativas dunha permanente crise fiscal, manifestada nun déficit público non menos permanente.

## 7. A demanda de gasto público


Para Margolis (1955, páx. 348), o orzamento, que decide o volume e a distribución do gasto público, distaría de ser un simple "tratado entre grupos sociais en contenda": *"it is more likely that there is a structure of existential social values, differentiated according to range, levels of legitimation, logical connectedness, and so forth, which are the bases of alternative public activities"*. Pero parece máis realista admitir que as demandas de gasto público difiren notablemente segundo os grupos cidadáns, sexa a súa determinación ideolóxica ou doutra natureza.

Inglehart e os escritores que asumen as súas posicións afirman, máis ou menos explicitamente, e máis ou menos directamente, que "a súa" cultura "posmaterialista" implicaría inclinacións de restricción da demanda de gasto público, xa sexan directas, xa indirectas, como consecuencia de posicións favorables á restricción da presión fiscal. Seguindo a Newton, pero de modo máis trivial, no mellor dos mundos posibles todo pasa do mellor modo posible: os responsables políticos atafegados polo volume do gasto e do déficit públicos (e incluso o cidadán de "a pé", impresionado pola porcentaxe de débeda pública que lle "corresponde"), non se teñen por qué preocupar: os posmaterialistas de Inglehart maldín do gasto público. Desde logo, o elevado nivel alcanzado pola presión fiscal actualmente suscitou, desde hai tempo, movementos de "resistencia fiscal" específica ou, ó auspiciar plataformas políticas na marxe dos partidos "normais", singularizadas por programas "anti-impostos" que ás veces encontraron un notable apoio, pero sempre efémero, entre as clases medias industriais e comerciais.

A carencia de éxito destas tentativas parece evoca-la existencia dunha especie de "lei de ferro" do crecemento do gasto público, por parafrasear a Michels (e a súa "lei de ferro" da oligarquía). Holcombe 1978 chegou á conclusión de que, supostos tres grupos de demandantes de gasto público, alto, medio e baixo, e dous partidos, con oferta alta e baixa de gasto público,



respectivamente, o partido con oferta alta ineludiblemente gañaría as eleccións, conclusión non precisamente optimista, se se supón que a teoría formal da elección pública ten algunha correlación empírica.

Pola miña parte, nun traballo anterior incluía o postulado de que o conxunto de orientacións e disposicións que constitúen a cultura política, entre outras cousas, determina as actitudes dos cidadáns cara á Administración. Partindo da diferenciación de Wildavsky de catro tipos de cultura política: fatalista, colectivista, individualista e igualitaria, non parece aventurado presumir diferentes posicións de demanda gasto público, (Vilas Nogueira 1994). Con todo, convén reparar que, aínda que en democracia o nivel e as modalidades do gasto público sexan función das preferencias cidadáns, ou das preferencias da maioría, a través da súa elección entre os diversos programas electorais de partido, como recolleemos, ó comezo de Budge e Hofferbert 1990, este postulado teórico encontra limitacións empíricas. A máis obvia deriva do eventual incumprimento polo partido "elixido" do seu programa electoral, suposto que é máis probable en situacións de réxime parlamentario con sistema multipartidista, como ilustra a presente situación española. Outra deriva das eventuais limitacións da racionalidade dos actores políticos individuais, por motivos afectivos ou por outros "non-rationais" calquera, que poden inducir demandas de gasto público inconsistentes desde o punto de vista da lóxica. Un exemplo disto é o feito, constatado empiricamente, de que os contribuíntes adoitan rexeitar máis a supresión dun beneficio a un colectivo reducido, ó que sen embargo son alleos, que un incremento xeneralizado da presión fiscal, que sen embargo lles afecta. Desta maneira, a popularidade das políticas distributivas e redistributivas parece que establece unha correlación positivamente co particularismo e negativamente coa súa universalidade. 

## Referencias bibliográficas

- ANDERSON, Perry, (Trad.) Santos Juliá, *El Estado absolutista*, Siglo XXI Editores, Madrid/México, 1979 (Edic. orixinal, 1974).
- BUDGE, Ian e HOFFERBERT, Richard I, "Mandates and policy outputs: U.S. party platforms and federal expenditures", *Amer. Pol. Science Rev.* 84, 1, marzo, 1990, páx. 111-1310.
- FERNÁNDEZ CAÍNZOS, Juan J, "O control do gasto público en Galicia: aspectos económicos", en Xaime RODRÍGUEZ-ARANA, *O Sector público económico galego. Curso de verán*, Santiago de Compostela, EGAP, 1993, páxs. 305-332.
- GOODIN, Robert E., *Reasons for Welfare. The Political Theory of Welfare State*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1988.
- HOLCOMBE, Randall G., "Public choice and public spending", *National Tax Journal*, n.º 4, vol. 31, decembro, 1978, páxs. 373-383.
- KAMLET, Mark S., MOWERY, David C., e SU, Tsai-Tsu, "Upsetting National Priorities: The Reagan Administration's Budgetary Strategy", *Amer. Pol. Sc. Rev.* 82, 4, decembro, 1988, páxs. 1293-1308.
- KENNEDY, Gavin, *Defense Economics*, St. Martin's Press, New York, 1983.
- KENNEDY, Paul, *The Rise and Fall of Great Powers. Economic Change and Military Conflict from 1500 to 2000*, Unwin/Hyman, London/Sydney/Wellington, 1988.
- MARGOLIS, Julius, "A Comment on The Pure Theory of Public Expenditure", *The Review of Economics and Statistics*, volume 37, novembro, 1955, páxs. 347-349.
- MINTZ, Alex, e HUANG, Chi, "Defense Expenditures, Economic Growth, and the Peace Dividend", *American Political Science Review*, n.º 4, volume 84, decembro, 1990, páxs. 1283-1293.
- MUSGRAVE, Richard A., *Fiscal Systems*, Yale University Press, New Haven/London, 1969.
- O'CONNOR, James, *The Fiscal Crisis of the State*, St. Martin's Press, New York, 1973.
- OSTROM, Jr., Charles W., e MARRA, Robin F., "U.S. Defense Spending and the Soviet Estimate", *American Political Science Review*, n.º 3, volume 80, setembro, 1986, páxs. 819-842.
- RAM, Rati, "Government Size and Economic Growth: A New Framework and Some Evidence from Cross-Section and Time-Series Data", *American Economic Rev.*, n.º 76, 1, marzo, 1986, páxs. 191-203.
- RASLER, Karen, e THOMPSON, William R., "Defense Burdens, Capital Formation, and Economic Growth. The Systemic Leader Case", *Journal Conflict Resolut.*, n.º 32, 1, marzo, 1988, paxs. 61-86.
- SAMUELSON, Paul A., "The Pure Theory of Public Expenditure", *The Review of Economics and Statistics*, novembro, 1954, páxs. 387-389.
- SCHIERA, Pierangelo, (eds.) Norberto BOBBIO e Nicola MATEUCCI, "Stato moderno", *Dizionario di Politica*, UTET, Torino, 1976, páxs. 1006-1012.
- SOLOW, Robert M., *Growth Theory: An Exposition. The Radcliffe Lectures Delivered in the Universty ...*, (edic. orixinal, 1969), Nobel Prize Lecture 1987, Oxford Univ., New York, 1988.
- VILAS NOGUEIRA, J., (ed.) Pedro PUY FRAGA, "La equidad, forma universal da economía del poder político", *Estudios en homenaje al profesor Carlos G. Otero Díaz*, Tomo 2, Univ. de Santiago de Compostela, Fac. De-reito, 1991, páxs. 727-734.
- VILAS NOGUEIRA, J., (ed.) Manuel ARENILLA, "Medio cultural, determinación de preferencias e políticas paramétricas e estratégicas", *Gasto público e crisis económica*, Santiago de Compostela, EGAP, 1994, páxs. 79-102.



## Descentralización do urbanismo e autonomía local a raíz da Constitución: A propósito da potestade autonómica de suspensión e revisión dos acordos das entidades locais

Balseira de investigación da  
Xunta de Galicia adscrita á  
área de dereito administrativo  
da Universidade da Coruña

**Almudena Fernández Carballal**

### **1. Marco xeral**

A CE de 1978 significou, en materia de urbanismo, non só o recoñecemento da súa competencia específica ou exclusiva ás comunidades autónomas (art. 148.1.3<sup>a</sup> CE), e a superación do esquema administrativo bipolar Administración do Estado-Administración local vixente ata o momento, senón tamén un notorio avance respecto do réxime anterior en favor das administracións inferiores e, en especial, respecto das competencias das entidades locais, a partir do recoñecemento constitucional da autonomía das diferentes nacionalidades e rexións que integran o Estado (art. 140 CE) que, posteriormente, consagraría a Lei 7/1985, de bases de réxime local, respecto da autonomía das entidades locais.

Agora ben, esta nova configuración territorial do Estado español non debe interpretarse como un avultamento do réxime

autonómico dos concellos, pois se así fose, constituiría unha actuación antinatural e irrespectuosa coa condición destas entidades. É por isto, polo que ha de interpretarse como a emersión dunha nova autonomía, situada nun plano xeográfico intermedio entre o Estado e as rexións e nacionalidades, sen que teña por iso que menoscabar ou mina-la autonomía municipal<sup>1</sup>.

Este cambio de perspectiva, a forza das competencias do Estado nesta materia, non é senón consecuencia das actitudes de reacción e rexeitamento á xeneralización de controis administrativos sobre as entidades locais, vixentes durante a vixencia da LS de 1956 e, reforzados no TRLS de 1976.

Sen embargo, como sinalou o TC, non cabe deducir da CE unha suposta incompatibilidade entre tal principio constitucional de autonomía local e a existencia dunha serie de controis administrativos necesarios para levar a cabo a *coordinación* entre as distintas administracións públicas con competencias na materia de urbanismo, en función dos intereses xerais de cada unha delas.

Así o recoñeceu, igualmente, o TS nunha Sentencia do 11/VII/1986<sup>2</sup>:

“Unha vez que o urbanismo superou o ámbito que a etimoloxía do termo suxire –a cidade– para estenderse a todo o territorio, está claro que os intereses en xogo esixan unha confluencia de competencias que non implica detrimento da autonomía municipal consagrada no art. 140 da Constitución”

Polo tanto, a raíz do proceso descentralizador da función pública urbanística operado pola CE en favor das CCAA, xunto co recoñecemento pola mesma da autonomía das entidades locais para a xestión dos seus respectivos intereses –os intereses xerais das ditas entidades–, derivan dúas consecuencias esenciais que hai que ter en conta á hora de levar a cabo un deslinde de competencias no desenvolvemento desta función pública:

1<sup>a</sup>. Que autonomía non supón soberanía nin se opón á existencia dun control sobre os actos do órgano autónomo, sendo perfectamente compatible, con determinados límites, a autonomía municipal co exercicio dunha potestade de tutela por parte do Estado e das CCAA, en virtude do art. 148.1.3<sup>a</sup> CE.

A admisión de competencias supramunicipais en materia de urbanismo, encontra o seu fundamento na propia esencia interdisciplinar da materia de urbanismo que fai que a mesma non sexa por enteiro atribuíble a unha soa esfera administrativa, xa que afecta tanto ós concellos, como ás provincias e ás CCAA. Todos eles intervirán necesariamente para evitar posibles distorsións na ordenación íntegra de todo o territorio nacional.

<sup>1</sup> Cfr. STS do 16/V/1984 (Arzdi. 3110), f.x. 1.

<sup>2</sup> Arzdi. 5060.

2ª. A reafirmación da autonomía municipal, por outra parte, non se opón a que en relación co urbanismo existan outras instancias superiores decisorias.

Así, dedúcese da propia LBRL, primeiro da súa EM, que partindo da existencia de intereses xerais concorrentes, recomenda ter en conta, para unha xusta distribución de competencias, a *necesidade de harmoniza-la garantía xeral da autonomía local coa distribución territorial das competencias legislativas sobre distintas materias ou sectores*, e sinala, así mesmo, a imposibilidade material de defini-las competencias locais en cada un dos sectores do ordenamento, dende e pola lexislación de réxime local.

E despois, dos seus artigos 2 e 25, ó senta-lo primeiro deles un criterio de carácter xeral, consistente en asegurarlle á entidade local un mínimo competencial que, en materia de urbanismo, se prevé no art. 25.2.d), remitíndose á lexislación do Estado e das CCAA para a concreción das competencias que lle correspondan a aquela entidade.

Sinala o art. 2 da LBRL: "1. Para a efectividade da autonomía garantida constitucionalmente ás entidades locais, a lexislación do Estado e a das comunidades autónomas, reguladora dos distintos sectores de acción pública, segundo a distribución constitucional de competencias, deberá asegurarlles ós concellos, ás provincias e ás illas o seu *dereito a intervir en cantos asuntos afecten directamente ó círculo dos seus intereses*, atribuíndolle-las competencias que proceda de acordo coas características da actividade pública de que se trate e coa capacidade de xestión da entidade local, de conformidade cos principios de descentralización e de máxima proximidade da xestión administrativa ós cidadáns.

2. As leis básicas do Estado previstas constitucionalmente deberán determina-las competencias que elas mesmas lles atribúan ou que, en todo caso, lles deban corresponder ós entes locais na materia que regulen"<sup>3</sup>.

Pola súa parte, en virtude do art. 25.2.d) LBRL, as competencias dos concellos en materia de ordenación, xestión, execución e disciplina urbanística exerceranse *en todo caso* nos termos da lexislación do Estado e das comunidades autónomas.

En conclusión, conforme á lexislación básica de réxime local, o concello poderá intervir "en cantos asuntos afecten directamente ó seu círculo de intereses", entre os que se encontra o urbanismo en tódolos seus aspectos, "a *ordenación, xestión, execución e disciplina urbanística*". Sen embargo, a LBRL non determina o alcance de tal intervención, e remítise para iso "ós termos da lexislación do Estado e das comunidades autónomas".

É dicir, o art. 25 LBRL non sinala o contido material das competencias, senón que, simplemente, acouta un ámbito mate-

<sup>3</sup> Cfr. para a súa interpretación, a STC 214/1989, do 21 de decembro, f.x. 3.

rial de contido abstracto, e será a lei estatal ou autonómica a que determine o interese respectivo de cada entidade.

Agora ben, o alcance de tal remisión en materia de urbanismo, na práctica, entenderase limitado á lexislación autonómica, pois a CE non reservou nin lle atribuíu ó Estado ningunha competencia urbanística, polo que, dado a asunción polas CCAA nos seus respectivos EEAA da competencia nesta materia, será a lexislación de cada comunidade, se ben respectando os límites mínimos establecidos na LBRL –en especial o principio de autonomía local– a que determine o alcance e o contido da competencia dos municipios comprendidos no seu ámbito territorial en materia de urbanismo<sup>4</sup>.

É precisamente neste binomio e na necesaria articulación, entre o principio de autonomía local e a potestade normativa das CCAA en materia de urbanismo, onde xorden as cuestións e problemas de máis relevancia práctica, dende un punto de vista competencial, constituíndo así mesmo o punto neuráxico para unha correcta distribución das competencias urbanísticas entre as dúas instancias territoriais –entidades locais e CCAA– que, a raíz da CE reparten a competencia neste sector do ordenamento xurídico.

En efecto, os maiores problemas de competencias que subxacen do sistema xurídico urbanístico vixente, á luz da concorrencia normativa existente nesta materia –ordenamento estatal e ordenamentos autonómicos–, preséntanse no aspecto competencial, sobre todo, entre as potestades das CCAA e das entidades locais chamadas a concorrer no desenvolvemento e no exercicio da función pública urbanística.

Pola súa relevancia práctica, por ser un caso paradigmático na materia de urbanismo, no que se pon en dúbida a autonomía das entidades locais no exercicio das súas competencias urbanísticas, e sobre o que, tanto o TC como o TS, se pronunciaron de forma reiterada, voume centrar nun tema obxecto, á súa vez, dun amplo debate doutrinal. Trátase da *potestade de suspensión das CCAA dos acordos das entidades locais*.

## 2. A potestade autonómica de suspensión dos acordos das entidades locais

Unha cuestión de extraordinaria relevancia no réxime xurídico urbanístico español a partir da descentralización da función pública urbanística derivada da CE, foi a relativa á admisión ou inadmisión da potestade das CCAA relativa á suspensión dos actos e acordos das entidades locais, en virtude da compe-

<sup>4</sup> Vid., GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid", *Legislación en materia de urbanismo: competencia de la Comunidad y Novedades más significativas*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, páx. 465.

tencia lexislativa e executiva que as mesmas asumiron nesta materia nos seus respectivos estatutos de autonomía.

Na normativa urbanística preconstitucional xa se consideraba, expresamente, esta posibilidade de control da legalidade urbanística, se ben, atribuída a órganos da Administración central en canto Administración xerarquicamente superior.

Así, baixo a vixencia da Lei de réxime do solo e ordenación urbana, do 12 de maio de 1956, cando un acordo municipal constituíse unha infracción de disposicións urbanísticas vixentes, o presidente da Comisión Provincial de Urbanismo, ben a proposta desta ou ben dos órganos centrais, debía de adoptalas medidas oportunas, dispoñe-la *suspensión* e paralización das obras e cantas outras medidas fosen axeitadas para a efectividade das disposicións vulneradas (art. 212).

Pola súa parte, a Lei de reforma de 1975, Texto refundido de 1976, seguindo a mesma liña có lexislador de 1956, previa a subrogación polo gobernador civil na competencia da corporación municipal en relación coa suspensión dos efectos das licencias ou ordes de execución ilegais coa inmediata paralización das obras, cando o alcalde non dispoñese a súa suspensión, conforme ó art. 186, ó que se remite, á súa vez, o art. 224, relativo á facultade xeral de suspender.

É dicir, recoñecíase, legalmente, unha verdadeira potestade de control da legalidade urbanística en favor da Administración do Estado sobre actos ou acordos das corporacións locais.

A entrada en vigor da CE e o proceso de descentralización da materia urbanística iniciado con esta norma, así como o recoñecemento da autonomía das entidades locais, supuxo nun principio, unha notable restricción de tales facultades de suspensión de actos locais por parte de órganos do Estado ou das CCAA; restricción que, posteriormente, a raíz dunha constante xurisprudencia do TC<sup>5</sup>, pasou a interpretarse como a exclusión ou inadmisión de tal potestade por ser contraria ó principio de autonomía local recoñecido na normativa básica estatal.

Tratábase, polo tanto, de determina-la constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinadas disposicións contidas en leis autonómicas que lle recoñeceron ó órgano autonómico competente a potestade de suspender-los efectos de determinados acordos adoptados pola corporación local no exercicio das súas competencias urbanísticas.

O TC entendeu que esta potestade se refire a:

"(...) os acordos que a Lei de bases (LBRL de 1985) lles encomenda especificamente ós municipios, como son os relativos, de acordo co art. 25.2 d) LBRL, á ordenación, xestión, execu-

<sup>5</sup> Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: "Comentarios a la Ley del Suelo" (6ª ed), Ed. Civitas, Madrid, 1993, páxs. 1947 e segs.



ción e disciplina urbanística e, máis concretamente, a autorización para a edificación e outros usos do solo, como competencia característica dos municipios<sup>6</sup>”.

Pola súa relevancia práctica, cabe destaca-los seguintes actos dictados no exercicio de competencias urbanísticas das entidades locais, sobre a posibilidade de suspensión dos cales por parte da CA (prevista por leis urbanísticas autonómicas) se pronunciou o TC:

a) Aprobación definitiva de programas de urbanización: suspensión dos efectos do acordo de aprobación definitiva.

b) Aprobación definitiva de estudos de detalle: suspensión dos efectos do acordo de aprobación definitiva por motivos de infracción da legalidade ou da tramitación.

c) Aprobación definitiva de proxectos de delimitación de polígonos e unidades de actuación: suspensión dos efectos do acordo de aprobación definitiva polos mesmos motivos.

d) Aprobación definitiva de proxectos de reparcelamento: suspensión dos efectos do acordo de aprobación definitiva polos dous motivos expostos.

e) Aprobación definitiva das bases e dos estatutos no sistema de compensación: suspensión dos efectos do acordo de aprobación definitiva no mesmo caso.

f) Outorgamento dunha licenzia ou orde de execución: paralización inmediata dos actos de edificación ou uso do solo, cando o acto de outorgamento permita a urbanización ou a edificación de terreos legalmente declarados como solo rústico; que permita aproveitamentos que excedan ou ignoren as previsións contidas nos plans urbanísticos, ou cando o dito acto constituía unha infracción grave e manifesta do ordenamento urbanístico; é dicir, cando se outorgue unha licenzia ou orde de execución ilegal.

Dos distintos casos de suspensión aquí expostos, e co obxecto de xustificar cómo o seu exercicio é contrario ó principio de autonomía local garantido pola CE, analizarase o relativo á suspensión dos efectos de licenzias urbanísticas outorgadas pola entidade local, por ser esta, como xa quedara exposto, a competencia “natural” e máis importante que o ordenamento xurídico lles atribúe a estas entidades.

#### *a) Suspensión dos efectos de licenzias urbanísticas outorgadas pola entidade local*

Partindo de que a suspensión só ten sentido mentres as obras que autoriza a licenzia non estean rematadas, actualmente existen dúas posturas claramente contrarias sobre a potestade de

<sup>6</sup> Vid. STC 46/1992, do 2 de abril, f.x. 2. No mesmo sentido, a STC 213/1988, do 11 de novembro, f.x. 2, 259/1988, do 22 de decembro, f.x. 2.

suspensión dos efectos de licencias outorgadas pola entidade local: por un lado a do TC e por outro a do TS, con adeptos, por ámbalas partes, na doutrina científica.

*a') Postura do Tribunal Constitucional*

As primeiras SSTC sobre este tema, do 2 de febreiro e do 29 de abril de 1981, precisaron que tal potestade de suspensión en favor do Estado unicamente sería constitucional respecto das materias que afectasen á súa esfera competencial e excedesen o límite da competencia propia da entidade local<sup>7</sup>:

En efecto, a STC 14/1981, do 29 de abril<sup>8</sup>, introduce unha importante limitación ó control da legalidade municipal que confería a Lei de réxime local de 1955:

*"A suspensión governativa de acordos municipais sen outra razón que o control de legalidade en materia que lle corresponda ó ámbito competencial exclusivo das entidades locais é contraria á autonomía que proclama o art. 137 da CE, pero non entraña atentado para a dita autonomía en canto sirva á defensa das competencias da Administración do Estado ou obedeza a corrixir invasións de ámbitos alleos ó municipal ou se afecte algunha materia que lle corresponda a aquela Administración. A autonomía debe entenderse como ámbito de actuación propia que ten os seus límites<sup>9</sup>".*

Agora ben, o amplo debate sobre esta cuestión iníciase coa promulgación da LBRL, do 2 de abril de 1985 que contén as normas básicas, nesta materia, de aplicación directa en todo o territorio nacional por remisión do art. 149.1.18<sup>a</sup> CE.

En concreto, os arts. 65 e 66 da citada norma regulan un dos elementos fundamentais máis significativos en materia de urbanismo, derivados do modelo de autonomía local configurado pola mesma<sup>10</sup>: o réxime de impugnación de actos e de acordos das entidades locais por parte das administracións superiores.

Sobre estes preceptos, o TC na Sentencia 213/1988, do 11 de novembro, declarou:

*"Pois ben, os arts. 65 e 66 da lei regulan a impugnación de actos e de acordos das corporacións por parte da Administración do Estado e das comunidades autónomas no ámbito das súas respectivas competencias e establecen que a suspensión só é potestade dos tribunais. Queda así suprimida toda potestade de suspender das autoridades administrativas e governativas (salvo a que se lle confire ó delegado do Goberno no art. 67)<sup>11</sup>".*

O Alto Tribunal fundamenta estas afirmacións no principio de autonomía local reconecido na CE e consagrado na LBRL, ó considerar, en consecuencia, contrarios á mesma, aqueles preceptos de leis autonómicas que lle outorguen ó órgano auto-

<sup>7</sup> Cfr. SSTC 3/1981, do 2 de febreiro, f.x. 9 e 14/1981, do 29 de abril, f.x. 6.

<sup>8</sup> Unha análise da citada sentenza faina FANLO LORAS, A., en *Fundamentos Constitucionales de la Autonomía Local*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, páx. 409 e segs.

<sup>9</sup> Vid. STC 14/1981, do 29 de abril, f.x. 6.

<sup>10</sup> Cfr. STC 36/1994, do 10 de febreiro, f.x. 3.

<sup>11</sup> Vid. f.x. 2. Cfr. STC 259/1988, do 22 de decembro, f.x. 2, STC 46/1992, do 2 de abril, f.x. 2, STC 36/1994, do 10 de febreiro, f.x. 3.

A excepción prevista no art. 67, refírese ós actos ou acordos adoptados pola entidade local que atenten gravemente contra o interese xeral de España; excepción que, en materia de urbanismo, ten unha escasa aplicación práctica.

nómico competente a potestade para suspender acordos coa LBRL encoméndalos especificamente ós municipios, por afectar a intereses de carácter local, como son os previstos no art. 25.2.d) da citada lei.

É certo, como recoñeceu o TC na súa primeira sentenza sobre o réxime local –STC 4/1981– e que reitera nas sentencias analizadas –213/1988, 259/1988 e 46/1992– que os controis administrativos de legalidade non afectan ó núcleo esencial da garantía institucional da autonomía das corporacións locais.

Agora ben, con tal afirmación non se pretende a determinación concreta do contido da devandita autonomía local, senón, unicamente, fixa-los límites mínimos nos que se debe move-la mesma e que, polo tanto, o lexislador non poderá traspasar, sen que isto impida que o lexislador, no exercicio dunha lexítima opción política, poida amplia-lo ámbito da autonomía local, e establecer con carácter xeral a desaparición destes controis. Isto é, precisamente, o que fixo a LBRL de 1985<sup>12</sup>.

Así o manifestou o TC, entre outras, na STC 170/1989 e recórdase na STC 46/1992, para posteriormente remitir ás SSTC 213/1988 e 259/1988:

“A autonomía local, tal e como se recoñece nos arts. 137 e 140 CE, goza dunha garantía institucional cun contido mínimo que o lexislador debe respectar; máis alá deste contido mínimo, a autonomía local é un concepto xurídico de contido legal, que permite, polo tanto, configuracións diversas, válidas en canto respecten esa garantía institucional. Ha de partirse, pois, co límite indicado, dunha configuración legal da autonomía local<sup>13</sup>”.

Como consecuencia desta regulación favorable á autonomía establecida polo lexislador estatal de réxime local en materia de suspensión de acordos, o TC na súa STC 213/1988 concluíu que se cualificarán, así mesmo, de *básicos*, nun sentido material, os arts. 65 e 66 da LBRL, pola seguinte razón:

“ (...) por canto tenden a asegurarlles un nivel mínimo de autonomía a tódalas corporacións locais en todo o territorio nacional, sexa cal for a Comunidade Autónoma en que estean localizadas, o que resulta plenamente congruente coa garantía institucional do art. 137 da Constitución, garantía que opera tanto fronte ó Estado como fronte ós poderes autonómicos<sup>14</sup>”.

Polo tanto, en virtude do principio de autonomía municipal, o TC sinala que a lexislación que dicten as CCAA no exercicio da súa competencia lexislativa en materia de urbanismo deberá, con carácter preceptivo, respectar tal exclusión<sup>15</sup>.

Ben é certo, tamén, que o TC na Sentencia 71/1982 e noutras posteriores sinalou como criterio xeral cando concorran dis-

<sup>12</sup> Cfr. SSTC 213/1988, f.x. 2, 259/1988, do 22 de decembro, f.x. 2, 46/1992, do 2 de abril, f.x. 2.

<sup>13</sup> Cfr. SSTC 46/1992, f.x. 2, 170/1989, f.x. 9.

<sup>14</sup> Vid. f.x. 2. Neste mesmo sentido pronúnciase o TC nun suposto análogo na STC 27/1987, f.x. 9.

<sup>15</sup> Cfr. SSTC 213/1988, do 11 de novembro, f.x. 3, 259/1988, do 22 de decembro, f.x. 2, 36/1994, do 10 de febreiro, f.x. 3.

tintos títulos competenciais, que prevalece o título máis específico sobre o máis xenérico.

É dicir, en virtude do principio de especialidade, prevalecería o título competencial relativo a urbanismo (art. 148.1.3ª CE) sobre o previsto no art. 149.1.18ª CE<sup>16</sup>. Agora ben, este tribunal, na STC 213/1988, precisa, así mesmo, como regra xeral que a este criterio non se lle pode atribuír un valor absoluto<sup>17</sup>.

Pola contra, radicalizando o dito criterio, vulneraríase o nivel mínimo de autonomía local establecido polo lexislador estatal, xa que as distintas lexislacións urbanísticas autonómicas poderían impoñer controis que na práctica chegasen a desfiguralo modelo de autonomía local que a LBRL, no exercicio das competencias que a CE lle atribúe ó Estado no art 149.1.18ª, pretende asegurar, baleirándoo, incluso, de contido.

Neste sentido, pronunciouse NIETO, ó sinalar que “a despeito das rotundas declaracións constitucionais e legais básicas do Estado, a autonomía local estase reducindo practicamente a cero, dende o momento no que as comunidades autónomas están baleirando os entes locais de case tódalas súas competencias, que asumen avidamente as propias comunidades<sup>18</sup>”.

Por todo iso, o TC declarou inconstitucionais determinados preceptos de leis autonómicas que non respectaban os citados arts. 65 e 66 da LBRL e vulneraban a autonomía local garantida na mesma e na propia CE; preceptos que recoñecían a potestade de suspensión autonómica de determinados acordos adoptados polas entidades locais en materia de urbanismo:

■ Art. 26.3 da Lei madrileña 4/1984, do 10 de febreiro, sobre medidas de disciplina urbanística (STC 46/1992).

■ Arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10.2 e concordantes coa Lei murciana 3/1987, do 23 de abril, de protección e harmonización de usos do Mar Menor (STC 36/1994).

■ Arts. 9.1.e) parágrafo 2, 11, 12.3, 14.2 e 29.3 da Lei catalana 3/1984, do 9 de xaneiro, sobre medidas de adecuación do ordenamento urbanístico de Cataluña, así como os arts. 22 42.1 e 43.2 e vinculados ó Decreto 146/1984, do 10 de abril, dictado no desenvolvemento da citada lei (STC 213/1988 e 259/1988, respectivamente).

Á parte destas CCAA, as normas das cales pronunciou o TC –Madrid, Cataluña e Murcia–, regularon este tema, á vista da lexislación urbanística preconstitucional, as CCAA de Galicia, Asturias e Canarias<sup>19</sup>. Nas mesmas recóllense as potestades que o TRLS de 1976 lle atribuíu ó gobernador civil en materia de disciplina urbanística, se ben, obviamente, referidas agora ó órgano competente da respectiva comunidade.

<sup>16</sup> Cfr. TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho Urbanístico* (11ª ed.), Ed. El Consultor, Madrid, 1995; páx. 258.

<sup>17</sup> Cfr. STC 213/1988, do 11 de novembro, f.x. 3.

<sup>18</sup> Vid. NIETO GARCÍA, A.: “Impugnación jurisdiccional de actos y acuerdos de las Entidades Locales”, *RAP* nº. 115, 1988, páx. 9.

<sup>19</sup> Cfr. Lei galega 11/1985, do 22 de agosto, de adaptación do solo a Galicia, Lei asturiana 3/1987, do 8 de abril, reguladora da disciplina urbanística, Lei canaria 3/1985, do 29 de xullo, de medidas urxentes en materia de urbanismo e protección da natureza.

Existe unha excepción a esta doutrina legal admitida polo propio TC: non poderá aplicarse naqueles casos nos que as facultades de suspensión se exerzan respecto de actos de autorización non sometidos ó sistema de control dos arts. 65 e 66 da LBRL, preceptos cualificados polo TC de carácter básico.

É dicir, non será aplicable cando esta facultade de suspensión non entrañe un efectivo control administrativo de legalidade senón unha simple *medida cautelar* que persiga a defensa de competencias propias da Administración autonómica<sup>20</sup>, xa que, como se sabe, en materia de urbanismo, non se pode falar de competencias exclusivas municipais, dada a ineludible confluencia ou concorrencia existente de intereses locais e supralocais.

Este tipo de suspensión como medida preventiva, mentres se está tramitando un expediente de revisión de oficio destinado a anula-la licenza ou orde de execución, aparece regulado no art. 104 da LPC 30/1992, relativo a medidas cautelares en xeral.

En virtude do mesmo: "Iniciado o procedemento de revisión de oficio, o órgano competente para resolver poderá suspender-la execución do acto, cando esta puidese causar prexuízos de imposible ou difícil reparación".

Polo tanto, cando a suspensión prevista legalmente entrañe ou constituía unha técnica de control de legalidade, na que non se preserve nin estableza un interese concorrente específico da CA tutelante, senón a simple defensa da legalidade, a norma que preveva tal facultade deberá estimarse inconstitucional.

En definitiva, dende a entrada en vigor da LBRL de 1985, deberán ser, exclusivamente, os tribunais os que resolvan acerca da suspensión daqueles actos ou acordos das entidades locais que poidan vulnera-la legalidade, incluso cando os mesmos sexan manifestamente constitutivos de infraccións urbanísticas graves.

As CCAA –e no seu caso, o Estado–, unicamente poderán *impugna-los* ditos acordos por motivos de infracción da legalidade (substantiva ou formal) ou de tramitación, ou por estimar que a súa adopción excede o ámbito dos intereses xerais das entidades locais, pero *non acordar de oficio a suspensión dos efectos de tales actos*, sen prexuízo de admitir neste último caso, a mencionada suspensión de carácter cautelar.

Ademais, asumindo outra das razóns que dá o TC para fundamenta-la exclusión de tal potestade autonómica, facendo un xuízo comparativo entre a suspensión ordenada pola autoridade autonómica competente e a suspensión decretada pola autoridade xudicial nun suposto de outorgamento de licenza ilegal<sup>21</sup> pola entidade local, na que o factor tempo xoga un papel primordial, cabe concluí-lo seguinte<sup>22</sup>:

<sup>20</sup> Cfr. STC 36/1994, do 10 de febreiro, f.x. 3.

<sup>21</sup> Vid. STC 46/1992, do 2 de abril, f.x. 3. Nela o TC coincide e dálle a razón ó avogado do Estado en que "destaca o feito, de común experiencia, de que os que se ven ameazados no gozo dunha licenza ilegal aceleran as obras e dobran o ritmo dos seus traballos, ó intentar converte-las infraccións en feitos consumados".

<sup>22</sup> Tendo presente que o control das CCAA sobre a actividade municipal se reduce na Lei 7/1985 á impugnación xudicial dos acordos e das resolucións (arts. 65 e 66) e que na materia de licencias, a dita facultade en contra a súa xénese no art. 186 do TRLS de 1976, hoxe derrogado polo TRLS de 1992, o cal non prevé tal posibilidade no seu art. 253, relativo á suspensión de licencias e á paralización das obras.

■ No suposto da suspensión de oficio, a intervención da CA verase retardada polo preceptivo requirimento anterior ó concello que outorgou a licencia, así como polo período de espera para que este último adopte as medidas pertinentes de disciplina urbanística.

■ No suposto da suspensión xudicial, en cambio, cando a CA, nos termos do art. 66 LBRL, somete ó control xudicial a actuación municipal por constituír unha infracción urbanística grave, non só está ofrecendo a canle procesual adecuada, con preferencia sobre o procedemento máis premioso disposto, con carácter ordinario, polo art. 65 da citada lei, senón que, como sinalou o TC na citada STC 46/1992:

“ (...) pode conseguir unha suspensión xudicial perentoria da licencia atacada, pois o tribunal debe acordala no primeiro trámite subseguinte á impugnación, sempre –claro está– que estime fundada a suspensión para preve-la integridade e a efectividade do interese comunitario afectado (f.x. 3)”.

Esta medida xudicial é adoptada de cheo, sen prexuízo do seu posible ulterior levantamento, total ou parcial, a instancia da entidade local afectada que outorgou a dita licencia. O cumprimento da mesma polo seu titular vén imposto directamente polo art. 118 CE<sup>23</sup> e encóntrase garantida no Código penal<sup>24</sup>.

No ámbito doutrinal, Gómez-Ferrer Morant<sup>25</sup>, partindo da primeira doutrina do TC sobre o principio de autonomía<sup>26</sup>, sinalou que a solución a este problema se podería encontrar inicialmente naquela. Sen embargo, trala promulgación da LBRL de 1985, a solución deberá encontrarse no parámetro que proporciona a mesma e que, este autor, resume en dúas ideas ou criterios xerais (que el cualifica de “solucións”):

1º. O aseguramento dunha *competencia mínima* ó municipio en materia de urbanismo que deben respectar, en todo caso, as leis sectoriais, “na proscripción do principio de tutela e na potenciación dos principios de coordinación e eficacia nas relacións interadministrativas (art. 55 e segs.)”.

É dicir, as CCAA, en virtude da súa potestade lexislativa en materia de urbanismo poderán distribuí-las competencias urbanísticas entre os municipios e a CA, co límite derivado do respecto ás competencias mínimas daqueles.

2º. A regulación contida na LBRL do réxime de impugnación de actos e acordos dunhas administracións por outras (art. 63 e segs.).

Así, as competencias urbanísticas atribuídas ós municipios polas leis autonómicas, no poderán ser obxecto dun control contrario ou incompatible co regulado na LBRL, que ten un carácter prevalente sobre as normas urbanísticas autonómicas<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> A teor do art. 118 CE: “É obrigado cumprilas sentencias e demais resolucións firmes dos xuíces e tribunais, así como presta-la colaboración requirida por estes no curso do proceso e na execución do resultado”.

<sup>24</sup> Cfr. STC 46/1992, do 2 de abril, f.x. 3.

<sup>25</sup> Vid. GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: “Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid”, *Legislación en materia de urbanismo: competencia de la Comunidad y no vedades más significativas*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, páx. 471.

<sup>26</sup> Cfr. SSTC 4/1981, do 2 de febreiro, e 40/1981, do 28 de xullo.

<sup>27</sup> Cfr. GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *op.cit.*, páx. 473; GARCÍA DE ENTERRÍA e T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas (4ª ed.), t.I., Madrid, 1983, páxs. 303 e segs.

Estas dúas pautas constitúen, ó meu xuízo, o *punctum dolens* a este problema; pautas ou criterios que agora comparto para reafirmar e fundamenta-la doutrina do TC sobre este tema e, conseguintemente para cuestiona-los pronunciamentos do TS e parte da doutrina no sentido contrario.

*b') A xurisprudencia do TS: a inexistencia dunha doutrina uniforme e constante*

Con anterioridade á CE, cando a función pública urbanística se repartía entre o Estado e as entidades locais (LS de 1956 e TRLS de 1976), o TS xa tivo ocasión de pronunciarse sobre este tema.

Este tribunal, nunha STS do 20/II/1976, declaraba como unha constante histórica do noso ordenamento xurídico administrativo, o *principio autonomista* de que os acordos municipais causan estado e só son impugnables ante a xurisdicción contencioso-administrativa, conforme ás normas establecidas para o efecto e con observancia das formalidades legais correspondentes<sup>28</sup>.

Así, no suposto de desviación procedementa por parte dos concellos no outorgamento de licencias urbanísticas en canto atribución primordial dos mesmos, antes e despois da LS de 1956 (así como a súa revogación ou anulación)<sup>29</sup>, as comisións provinciais de urbanismo que, baixo a vixencia da LS de 1956 e como órganos da Administración do Estado, tiñan atribuídas unha función de control e fiscalización (art. 201.2 LS de 1956) sobre os actos e acordos das corporacións locais, podían impugna-los mesmos a través de tres vías legais, entre as cales se prevía:

*"a suspensión governativa do Acordo de concesión da licenza, conforme á Lei de réxime local, Texto articulado do 24 de xuño de 1955 (arts. 362, 365, 366 e 268) e ó Estatuto dos gobernadores civís, do 10 de outubro de 1958 (art.13) e á Lei que regula a xurisdicción contencioso-administrativa"*<sup>30</sup>.

Agora ben, neste caso, de suspensión das propias licencias ou ordes de execución –non dos actos efectuados sen licenza ou orde de execución o sen axustarse ás condicións sinaladas nas mesmas, que constitúe un suposto distinto de suspensión–, unicamente procederá o seu exercicio, cando o contido dos ditos actos administrativos constituía, *manifestamente, unha infracción urbanística grave*, como sinala o art. 186 LS de 1976, pois pola contra, a licenza será válida<sup>31</sup>.

É dicir, de acordo con reiterada doutrina do TS<sup>32</sup>:

*"A infracción urbanística esixible para a legalidade da suspensión prevista no art. 186 da Lei do solo ha de supoñer unha*

<sup>28</sup> Cfr. STS de 20/II/1976 (Arzdi. 1414), f.x. 1.

<sup>29</sup> Antes da LS de 1956, prevíase tal potestade no Regulamento de servicios das corporacións locais de 1955 (arts. 13 e seg.); norma que aínda que xa se debía ter modificado, na actualidade, debe considerarse de preceptiva observancia polo plan.

<sup>30</sup> O TS na mesma sentenza citada (f.x. 1), establecía outras dúas vías de impugnación á parte do acordo de suspensión: a) Exercer de oficio ou a instancia de parte, calquera recurso ou acción que en cada caso procedesen fronte ó consello que a outorgou con respecto ó acordo da súa concesión e incluso declara-la súa nulidade de pleno dereito, se se estimase que constituíu unha manifesta infracción das leis de acordo cos requisitos previstos nos arts. 47 e 109 LPA de 1958;

b) Acudir, por si ou instigada a corporación municipal, á declaración de seren lesivos tales acordos para os efectos da súa ulterior impugnación ante a xurisdicción contencioso-administrativa e conforme á LRL e ó art. 110 LPA.

O que era improcedente era dirixirse exclusivamente ó concesionario da licenza e non contra o concello que a outorgou.

<sup>31</sup> Cfr. STS de 16/V/1984 (Arzdi. 3110), f.x. 3 e 4.

<sup>32</sup> Vid. STS 2/II/1985 (Arzdi. 399), f.x. 3 da sentenza apelada. Cfr. no mesmo sentido, as SSTs de 1/XII/1975 (Arzdi. 4470); 24/V/1978 (Arzdi. 2128); 18/II/1980 (Arzdi. 736); 15/VI/1982 (Arzdi. 4791); 22/VI/1982 (Arzdi. 4836); 15/VII/1982 (Arzdi. 5418); 25/III/1983 (Arzdi. 1577); 20/VI/1983 (Arzdi. 3612); 22/VI/1983 (Arzdi. 3626); 3/X/1985 (Arzdi. 6229).

vulneración indiscutible, patente, notoria ou manifesta, de maneira que o reproche de ilegalidade do acto licencia se derive da súa natural e directa oposición á norma, sen que para apreciala haxa necesidade de acudir a interpretacións analóxicas ou a intricados ou prolixos razoamentos xurídicos, nin sexa posible manter racionalmente, baseándose nunha interpretación alternativa, a legalidade da licencia suspendida”.

Polo tanto, o TS, aínda que considera os concellos como administradores dos bens e dos intereses dos pobos, ve neles “os órganos naturais e xenéricos da actividade e da xestión urbanística<sup>33</sup>, ós que case exclusivamente lles corresponden as atribucións planificadoras e decisorias desta materia (art. 202 LS do 1956)”, en especial, o outorgamento de licencias, admitía, conforme á normativa vixente, a potestade das CPU –órgano da Administración estatal– para acorda-la suspensión dos efectos dunha licencia urbanística municipal<sup>34</sup>.

Neste mesmo sentido, con algo máis de precisión –o que non quere dicir que coa mellor técnica– pronunciouse o TS, entre outros, na Sentencia do 20/XII/1984<sup>35</sup>, na que tras afirmar que a materia urbanística non é competencia exclusiva dos entes locais, por compartilo campo de atribución competencial con órganos estatais e autonómicos, sinalaba, ó meu parecer, con toda falta de cobertura, dúas razóns para considerar vixente o art. 186 LS de 1976:

1<sup>a</sup>. Porque no dereito español coexistiron con certa independencia os sistemas normativos locais e urbanísticos (Lei do solo), contando, este último, co seu propio réxime xurídico, podendo, en consecuencia, soste-la vixencia do art. 186.

2<sup>a</sup>. Porque aínda que as licencias municipais sexan unha competencia normal dos concellos, non obstante, en supostos especiais a atribución por vía indirecta vén encomendada a órganos doutras administracións. Iso unido a que a natureza subordinada (por razóns de legalidade) da licencia á planificación (plan, ordenanza, etc.), implica que o seu control de legalidade non exclúe a intervención de órganos urbanísticos de fiscalización encadrables na Administración central ou autonómica, polo que a técnica considerada no art. 186 pode ser útil e merecedora de supervivencia como réxime especial, diferente do xeral previsto na Lei 40/1981, do 28 de outubro, de Administración local<sup>36</sup>.

É conveniente lembrar que o art. 8 da Lei 40/1981<sup>37</sup>, veu sanciona-la importante limitación ó control da legalidade municipal –conferido pola Lei de réxime local de 1955– imposta pola mencionada STC de 29/IV/1981 e que confirmaría, posteriormente, a vixente lexislación básica de réxime local.

<sup>33</sup> Cfr. art. 101.2 LRL, do 24 de xuño de 1955.

<sup>34</sup> Cfr. SSTs do 14/X/1980 (Arzdi. 3906);

<sup>35</sup> Cfr. Arzdi. 6701, f.x. 2, que transcribe a STS 5/XI/1986 (Arzdi. 7809).

<sup>36</sup> No mesmo sentido, a STS de 16/V/1984 (Arzdi. 3110), f.x. 3.

<sup>37</sup> Vid. FANLO LORAS, A.: *Fundamentos Constitucionales de la Autonomía Local*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, páxs. 414 e segs.



Agora ben, como se sabe, a pesar de que a raíz da CE de 1978, as CPU pasan a converterse nos órganos especificamente urbanísticos das CCAA e que estas asumiron, expresamente, a competencia en materia de urbanismo, non significa que as mesmas sigan mantendo a dita potestade de control e fiscalización, pois como xa ocorría en 1956, a falta dun detallado desenvolvemento regulamentario das escasas normas contidas na LS relativas ás CPU, obriga a atender-las disposicións vixentes e os principios e normas do ordenamento xurídico administrativo.

En definitiva, conforme á CE (art. 140), á LBRL de 1955 (arts. 65 e 66) e ó principio de autonomía local recollido en ámbalas normas, así como na Lei 40/1981, de réxime xurídico das corporacións locais (art. 8), *as CCAA non gozan da potestade de suspensión directa dos actos e acordos adoptados polas entidades locais no exercicio das súas competencias urbanísticas, senón que a dita potestade lles corresponde, exclusivamente, ós tribunais*<sup>38</sup>; *criterio seguido polo TC de forma uniforme dende a STC 213/1988.*

O TS, en cambio, non parece que considerase este extemo, e tras algunhas vacilacións, pronunciouse a favor da vixencia do art. 186 do TR de 1976 que, como quedara apuntado, lle recoñecía á Administración do Estado (ó gobernador civil) unha competencia subsidiaria para suspender –e incluso revogar ou anular– licencias cun contido que constitúe unha infracción urbanística grave<sup>39</sup> no sentido antes apuntado.

Partindo da xurisprudencia do TC<sup>40</sup>, o TS basébase no criterio dos *intereses respectivos* para defende-la compatibilidade do principio constitucional de autonomía local coa existencia dun control de legalidade sobre o exercicio das súas atribucións cando estas incidan en intereses xerais concorrentes cos propios daquelas.

As razóns principais apuntadas polo TS en defensa desta doutrina xeral, resúmense en:

1<sup>a</sup>. A autonomía local garántese para a xestión dos intereses respectivos, limitando, polo tanto, cos intereses xerais confiadados a outras administracións, incluso os xestionables por delegación<sup>41</sup>.

2<sup>a</sup>. A consideración de que os alcaldes (competentes para outorga-la licenza urbanística) como delegados do Goberno no concello, se encontran, funcionalmente, en relación xerarquizada cos respectivos gobernadores civís da provincia, relación aínda máis acentuada e específica na esfera urbanística, pola súa condición de presidentes das CPU<sup>42</sup>.

3<sup>a</sup>. Na actividade urbanística, en canto materia específica sobre a que recae este proceso especial, comparten a competencia órganos de distintas administracións<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. STS do 2/II/1976 (Arzdi. 1414), f.x. 1.

<sup>39</sup> Cfr. FANLO LORAS: "La disminución de las medidas de protección de la legalidad urbanística: ¿Está derogado el art. 186 de la Ley del Suelo?", *RAP*, n.º. 111, 1986.

<sup>40</sup> Cfr. STC 14/1981, do 29 de abril.

<sup>41</sup> Vid. STS de 15/VI/1983 (Arzdi. 3530), Cód. 4.

<sup>42</sup> Cfr. STS de 14/X/1980 (Arzdi. 3906), Cód. 4 da sentecia apelada, STS do 15/VI/1983 (Arzdi. 3530), Cód. 4.

<sup>43</sup> Vid. SSTS de 15/VI/1983 (Arzdi. 3530); 05/VI/1995 (Arzdi. 4937).

<sup>44</sup> Conforme ó art. 110 da LRL de 1955:

"1. Dentro dos trinta días da recepción das ordenanzas ou regulamentos, o gobernador civil deberá advertirle á corporación municipal as infraccións legais que conteñan. Esta advertencia producirá os mesmos efectos que a suspensión decretada de acordo co art. 366 desta lei polo presidente da Corporación, que lle dará conta daquela, no prazo de corenta e oito horas, ó Tribunal Provincial do contencioso-administrativo -na actualidade Sala do contencioso-administrativo do TSX da CA-, o cal, no prazo de quince días e óido o fiscal, revogará a suspensión ou declarará a nulidade das ordenanzas ou regulamentos; 2. Se o gobernador civil non fíxese ningunha advertencia de ilegalidade dentro do prazo de trinta días sinalado no parágrafo anterior, as ordenanzas e regulamentos terán carácter executivo".

En concreto, o art. 366 da dita lei, relativo á *potestade de suspensión dos acordos das entidades locais*, sinalaba: "No caso de suspensión de acordos das corporacións locais que constitúan infracción manifesta das leis, o presidente trasladaralle no prazo de corenta e oito horas ó Tribunal Provincial do contencioso-administrativo, o que no prazo de

quinze días e coa audiencia do fiscal, revogará a suspensión ou declarará a nulidade do acordo (...)"

<sup>45</sup> Cfr. Arzdi. 399.

<sup>46</sup> Cfr. Arzdi. 1609.

<sup>47</sup> En favor da vixencia do art. 186 LS, Cfr. FANLO LORAS: "La disminución de las medidas de protección de la legalidad urbanística: ¿Está derogado el art. 186 de la Ley del Suelo?", RAP, n.º. 111, 1986, páx. 223, crítica a primeira STS que estimou derogado o citado precepto e explica a súa vixencia polas graves insuficiencias de xestión da gran maioría dos concellos españois: "son moi escasos os concellos que posúen uns servicios técnicos adecuados que garantan a correcta aplicación da xestión urbanística". En sentido contrario, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo*, Ed. Civitas, (6ª ed.), Madrid, 1988, páx. 98 e segs.

<sup>48</sup> Conforme ó art. 8 da Lei 40/1981, do 28 de outubro, pola que se aproban determinadas medidas sobre réxime xurídico das corporacións locais: "Os actos e acordos das corporacións locais que constitúan infracción das leis e afecten directamente a materias da competencia do Estado, poderán ser impugnados por esta Administración ante a xurisdicción contencioso-administrativa. A impugnación producirá a suspensión do acto ou acordo pero o tribunal deberá ratificala ou redactala nun prazo non superior a trinta días. O procedemento será o establecido no artigo 118 da Lei reguladora da xurisdicción contencioso-administrativa (...)"

<sup>49</sup> Cfr. SSTs 03/VI/1982 (Arzdi. 4192), 7/VII/1982 (Arzdi. 5359), 11/X/1982 (Arzdi. 6359); 23/IV/1983 (Arzdi. 2238), 15/VI/1983 (Arzdi. 3530). E SSTC 4/1981, do 2 de febreiro e 14/1981, do 29 de abril.

<sup>50</sup> Vid. STS do 21/II/1986 (Arzdi. 1601), f.x. 2. Cfr. STS 17/X/1984 (Arzdi. 4999), f.x. 1.

Agora ben, como se deduce da xurisprudencia, o TS non foi constante na súa doutrina. Así, vacilacións ou discrepancias da súa doutrina xeral, encóntranse, entre outras, na Sentencia do 02/II/1985, que considerou a constitucionalidade do art. 186, por analoxía do art. 110 da LRL de 1955<sup>44</sup>, ó entender que a competencia atribuída no mesmo ó gobernador en relación coas ordenanzas e regulamentos municipais se concreta nun control de legalidade de alcance limitado, xa que a suspensión ten carácter provisional ata tanto decida a xurisdicción contencioso-administrativa; argumento aplicable, perfectamente, ó art. 186, no que a suspensión ten tamén tal carácter provisional ou cautelar a prol dunha ulterior revisión xudicial<sup>45</sup>.

Sen embargo, a confirmación de tal diverxencia xurisprudencial derívase, fundamentalmente, dunha Sentencia do 21/II/1986<sup>46</sup>, que postula, ó contrario, unha solución derogatoria do art. 186 LS de 1976 trala promulgación e vixencia da Lei 40/1981, do 28 de outubro, de réxime xurídico das corporacións locais, en concreto, en virtude do contido do seu art. 8<sup>47</sup>.

O TS recoñeceu, na mesma, que o control de legalidade municipal conferido pola Lei de réxime local de 1955 sufriu unha importante limitación a partir da STC 14/1981, sancionada como precepto legal no artigo 8 da Lei 40/1981, do 28 de outubro, de réxime xurídico das corporacións locais<sup>48</sup>, segundo a cal o dito control soamente se pode exercitar en materias que afecten á competencia do Estado ou ben, como sinalou o TS exceden das privativamente atribuídas ás corporacións locais para a xestión dos seus intereses, isto é, invadan competencias alleas<sup>49</sup>.

Polo tanto, resultaba obrigado determinar, en cada caso concreto, se a materia na que se exercitaba ese control afectaba ou non á referida competencia estatal, na que se incluía a materia de urbanismo, pois a propia lexislación do solo de 1976 así o proclamaba ó concederlle ó Estado, a través do seu articulado, numerosas facultades de intervención no planeamento urbanístico e nos actos da súa execución, así como a competencia xeral de subrogación do art. 5.4.q).

Con base e como acreditativo disto, o TS afirmaba que:

" (...) a legalidade da acción urbanizadora transcende da autonomía municipal por afectar á competencia do Estado, e tal doutrina é trasladable á esfera xurídica das comunidades autónomas que (...) asumiron as competencias nesta materia, pois así expresamente o dispón a disposición final quinta da Lei 40/1981 e, dentro desta competencia, forzoso é estimar comprendido o control de legalidade das licencias municipais de obras a que se refire o art. 186.2 da Lei do solo<sup>50</sup>".

Polo tanto, apartándose da doutrina xeral que este tribunal viña establecendo sobre este tema, e adoptando unha postura de corte autonomista máis acorde coa do TC, concluía:

“Que o mencionado artigo 8 da Lei 40/1981 substitúe o sistema de suspensión directa previsto no dito art. 186.2 polo de impugnación; de acordo con isto débese, por conseguinte, estimar este derogado en canto se refire á forma procesual que rexe o dito control de legalidade das licencias municipais (...) e o incumprimento deste novo sistema procesual debe ser cualificado de causa determinante de nulidade da suspensión directa adoptada na marxe do mesmo en canto que ó constituír unha máis rixida protección da autonomía municipal garantida polo art. 140 da Constitución, a súa inobservancia supón a utilización dun procedemento derogado que o lexislador estimou incompatible co respecto debido á concepción constitucional da dita autonomía<sup>51</sup>”.

Sen embargo, hai que recordar que non foi esta, a liña constante seguida polo noso TS baixo a vixencia da LS de 1976, senón aquela que, partindo da asunción das competencias estatais en materia de urbanismo polas CCAA en virtude dos seus respectivos EEAA, considera, como regra xeral, que *a Administración autonómica ten facultade para acorda-lo dito acto de suspensión sempre e cando resultasen afectadas materias de competencia das CCAA*.

Así o recoñeceu este tribunal en anteriores declaracións, ó entender que a lexitimación para decreta-la suspensión polo órgano autonómico competente dun acordo de concesión de licenza, só supón un cambio do ente público (o Estado pola CA) no exercicio desta prerrogativa suspensora, pero, nunca, unha ampliación dos supostos nos que cabe exercita-la mesma<sup>52</sup>.

Isto demóstrao o feito de que xa no mesmo ano no que o TS se apartaba da súa anterior doutrina<sup>53</sup>, este tribunal retomaríaa esta última na STS do 05/XI/1986<sup>54</sup>, tras decidir cäl das doutrinas apuntadas se debe considerar como vixente, tendo en conta o principio establecido pola STC 02/II/1981, en virtude do cal se recomenda e se esixe apurar tódalas posibilidades de interpretación, no sentido de declarar, soamente, a constitucionalidade sobrevida e conseguinte derogación daqueles preceptos preconstitucionais, incompatibilidade a deles co texto básico que resulta indubidable por ser imposible realizar unha interpretación constitucional.

Do que se deriva, segundo este tribunal, que se estará á doutrina sentada polo TS con anterioridade á STS do 21/II/1986, e por conseguinte, declara-la vixencia do art. 186<sup>55</sup> cando a actividade municipal afecte a materias da competencia do Estado

<sup>51</sup> Vid. f.x. 3.

<sup>52</sup> Cfr. STS do 16/V/1984 (Arzdi. 3110), f.x. 2.

<sup>53</sup> Cfr. SSTS 15/VI/1983 (Arzdi. 3530), 24/II/1984 (Arzdi. 1190), 17/X/1984 (Arzdi. 4999), 20/XII/1984 (Arzdi. 6701), 2/I/1985 (Arzdi. 399), 4/XI/1985 (Arzdi. 6497), 31/XII/1985 (Arzdi. 6555).

<sup>54</sup> Cfr. Arzdi. 7809. Vid. STS do 20/XII/1984 (Arzdi. 6701).

<sup>55</sup> Se así fose, o órgano autonómico competente para decretar tal suspensión, deberá respecta-la obriga imposta no número 3 do art. 186, en virtude do cal, no suposto de suspensión dos efectos dunha licenza ou orde de execución, cando o contido de tales actos administrativos constituía manifestamente unha infracción urbanística grave, procederá, no prazo de 3 meses, a enviarlle directamente tal acordo á sala do contencioso-administrativo competente, para os efectos do disposto nos números 2 e seguintes do art. 118 da LXCA. Cfr. neste sentido, a STS 03/X/1985 (Arzdi. 6229).

ou das CCAA ás que aquel lles transferiu as súas, como é o caso da materia urbanística<sup>56</sup>.

Por isto, estima que o citado art. 186.2 en canto norma con substantividade propia, *non pugna coa CE en canto poida supor obstáculo ou limitación á autonomía municipal* (arts. 137, 140 e 141 CE), dado que o principio de autonomía é compatible coa existencia dun control de legalidade sobre o exercicio das súas atribucións cando estas incidan en intereses xerais concorrentes cos propios daquelas ou simplemente supoñan extralimitacións de facultades propias invadindo campo alleo<sup>57</sup>.

É dicir, será posible tal control de legalidade, cando a potestade de fiscalización da legalidade teña por obxecto actos municipais que versen sobre materias nas que a competencia non é exclusiva municipal, senón compartida ou concorrente con outros órganos dependentes do Estado ou das CCAA ós que aquel lle transferiu as súas competencias, como ocorre coa materia de urbanismo.

Tras esta afirmación, o TS, nunha Sentencia do 27/V/1988<sup>58</sup>, concluíu, con bo criterio, que a propia natureza do urbanismo demanda o control da legalidade pola CA, "sen que sexa preciso a existencia dunha lei autonómica que así o dispoña da comunidade", pois o dito control fai posible a coordinación entre os distintos plans de urbanismo e a súa execución polas entidades locais en concorrencia con outros entes territoriais e de conformidade coas normas de planeamento de superior xerarquía. Pero o TS non é para nada rotundo nas súas afirmacións e conclusións, pois na mesma STS analizada do 05/XI/1986, tras declara-la subsistencia do art. 186 nos termos establecidos na doutrina anterior á STS do 21/II/1986, admite e recoñece a posibilidade de que:

"(...) o lexislador, ó promulgar unha nova Lei de réxime local, realice os axustes pertinentes para darlle eficacia absoluta ó principio de autonomía declarado polos artigos 137 e 140 da Constitución<sup>59</sup>".

No mesmo sentido, a STS do 28/XI/1986 sinala:

"(...) en espera de que se promulgue unha definitiva Lei de bases do réxime local (...) non se pode soste que se atente a esa constitucional autonomía municipal polo mantemento en vigor da fiscalización gubernativa da legalidade, non de maneira xeral e indiscriminada da actuación municipal en calquera caso, como ocorría no antigo sistema<sup>60</sup>, senón só naqueles casos nos que, como ocorre co controvertido art. 186 (...) <sup>61</sup>".

E é así como o fixo o lexislador de réxime local de 1985 a partir do marco descentralizado de competencias instaurado

<sup>56</sup> Cfr. STS 28/XI/1986 (Arzdi. 6593).

<sup>57</sup> Cfr. SSTS 15/VI/1983 (Arzdi. 3530), f.x. 4. No mesmo sentido, as SSTS do 2/IV/1981 (Arzdi. 1810), STS 24/II/1984 (Arzdi. 1190), STS 16/V/1984 (Arzdi. 3110), STS 17/X/1984 (Arzdi. 4999), STS do 20/XII/1984 (Arzdi. 6701), STS 2/I/1985 (Arzdi. 399), STS 3/X/1985 (Arzdi. 6229), STS 28/X/1985 (Arzdi. 5323), STS 5/XI/1986 (Arzdi. 7809), STS 28/XI/1986 (Arzdi. 6593), STS 24/IV/1987 (Arzdi. 4758), STS 27/V/1988 (Arzdi. 4512).

<sup>58</sup> Cfr. Arzdi. 4512, f.x. 3.

<sup>59</sup> Vid. STS 5/XI/1986 (Arzdi. 7809), f.x. 3.

<sup>60</sup> Cfr. arts. 362, 363, 364, 365, 366 e 368 da LRL de 1955 e 224 da LS de 1956, expresamente derogados pola Lei 40/1981 de réxime xurídico das corporacións locais e polo TRS de 1976, respectivamente.

<sup>61</sup> Cfr. Arzdi. 6593, f.x. 2.

pola CE e do recoñecemento da autonomía das distintas entidades para a xestión dos seus respectivos intereses.

Agora ben, incluso trala promulgación da Lei de bases de réxime local de 1985, o TS non confirmou a súa doutrina xeral, debendo estar non só á CE, senón, principalmente, ós arts. 65 e 66 da LBRL de 1985 para resolver sobre a lexitimidade e a constitucionalidade daquelas normas autonómicas que prevegan a facultade de suspensión dos actos ou acordos locais como técnica de control da legalidade urbanística, tal e como manifestou o TC de forma constante.

Así, esa falta de uniformidade nas súas manifestacións mantense trala LBRL de 1985, chegando aínda máis lonxe, pois a súa xurisprudencia posterior non só segue alternando de criterio, senón que para sentalos seus anteriores posicionamentos a favor de tal facultade, perfila aínda máis a súa configuración, ata chegar incluso a contradicirse. Así nunha STS do 24/IV/1987<sup>62</sup> afirmaba que:

“(…) o carácter especial e, en todo caso *cautelar* do expediente de suspensión regulado no art. 186 do vixente Texto refundido da Lei do solo, que faculta unicamente a Administración para a adopción de tal medida, sen que poida efectuar un ulterior control da legalidade da licenza, que lle queda deferido ós tribunais do contencioso-administrativo a través do procedemento especial prescrito no art. 118 da Lei xurisdiccional”.

Pola súa parte, nunha STS do 27/V/1988<sup>63</sup>, sinalábase que sendo da competencia da CA as facultades atribuídas ós órganos do Estado pola Lei do solo (LS de 1976), a problemática relacionada co seu exercicio mediante a suspensión dos acordos e actos das entidades locais debe ser resolta no sentido de que esa intervención é compatible co principio de autonomía das corporacións locais, se ben, condicionada á suspensión ó inicio do proceso especial de revisión xurisdiccional do art. 118 ó que se remite o art. 186.

En consecuencia, afirmábase que o dito precepto non se contradí coa CE, cando concorran os requisitos esixidos no mesmo, sen que a CA para exercitar tal facultade teña que acudir ó procedemento regulado no art. 8 da Lei do 28/X/1981–hoxe arts. 63, 64, 65 e 66 da LBRL de 1985–, pois a mesma non derogou, dado o carácter específico da LS, o réxime xurídico de suspensión e impugnación dos acordos en materia de urbanismo adoptados polas corporacións locais, que comprende a suspensión de actos e de acordos que infrinxan o ordenamento urbanístico<sup>64</sup>.

Así o confirmou, con rotundidade o TS nunha Sentencia do 06/II/1988<sup>65</sup>. Tras afirmar que a facultade prevista no art. 186

<sup>62</sup> Cfr. SSTS 24/IV/1987 (Arzdi. 4758), 15/VI/1983 (art. 3530).

<sup>63</sup> Cfr. Arzdi. 4512.

<sup>64</sup> En concreto, cando se trata da suspensión de licencias ou ordes de execución, é necesario que tal infracción sexa grave e manifesta (Arzdi. 186); Cfr. SSTS 20/VI/1983 (Arzdi. 3612); 15/VI/1983 (Arzdi. 3530); 16/V/1984 (Arzdi. 3110); 27/I/1985 (Arzdi. 399); 05/XI/1986 (Arzdi. 7809); 27/V/1988 (Arzdi. 4512).

<sup>65</sup> Cfr. Arzdi. 775, f.x. 1 e 2.

da LS de 1976 é totalmente aplicable ás licencias outorgadas polas CPU, e incluso ós supostos nos que a licenza se obtén por silencio positivo<sup>66</sup> tras denuncia da mora ás ditas comisións, por canto, traspasada a elas a competencia, o acto é atribuíble ás mesmas<sup>67</sup>, declaraba:

"A subsistencia da potestade suspensiva do expresado artigo 186 non obstante a promulgación da Lei reguladora das bases do réxime local do dous de abril de 1985 (...) se xa era afirmable durante a curta vixencia do Real decreto-lei 3/1981, do dezaseis de xaneiro, e durante a vixencia da Lei 40/1981, do vinteito de outubro, tamén ha de selo despois da entrada en vigor da Lei 7/1985, do 2 de abril, nos artigos 63 a 66 da mesma regulase un réxime impugnatorio en substancial coincidencia co da anterior lei".

Tratábase dun suposto de suspensión dunhas obras iniciadas ó amparo dunha licenza, e sinalaba este tribunal, dende un punto de vista procesual que:

"(...) o establecemento dun sistema de reacción fronte a obras en curso de execución provistas de licenza que implica unha suspensión preventiva delas (...), non supón unha arbitrariedade non impugnabile máis que nun proceso ordinario e a instancia do agraviado, senón que por remisión da propia lei (art. 186.3), *constitúe unha facultade que de inmediato se somete de oficio a un proceso xudicial de breve duración*, o disposto no artigo 118 da Lei reguladora da xurisdicción contencioso-administrativa<sup>68</sup>".

Pero as vacilacións e contradicións volven xurdir no seo deste mesmo tribunal, e o grave é que non só durante o mesmo ano, senón na mente do responsable de decidir sobre un mesmo suposto.

E o caso da STS do 21/XII/1988<sup>69</sup>, respecto da STS citada anteriormente do 06/II/1988, cando acepta e traslada a doutrina sentada polo TC na súa Sentencia 213/1988, conforme á cal as CCAA *carecen de competencia para suspender los acordos das corporacións locais en materia de urbanismo por suprimirse a súa anterior potestade (a prevista no art. 186 LS de 1976) trala promulgación da LBRL 7/1985, ó reservarse esta ós tribunais cando as mesmas os impugnen, conforme os arts. 65 e 66 da citada lei*.

Ó meu xuízo, esta é a solución máis correcta por se-la máis acorde co principio de autonomía local consagrado na CE; autonomía que, en virtude do ordenamento urbanístico vixente, é aplicable á competencia dos municipios no outorgamento de licencias urbanísticas (art. 343 TRLS de 1992<sup>70</sup>).

Ademais, o propio TS resaltou, en varias ocasións, que o municipio é:

<sup>66</sup> Así, nun suposto de solicitude de licenza urbanística no que o concello como órgano competente para outorgala non contesta, ben concedéndoa ou denegándoa, entenderase obtida por silencio administrativo positivo. Agora ben, se o dito acto administrativo é contrario ó planeamento urbanístico e ó concello, óptase por denega-la licenza adquirida por silencio, o mesmo deberá acudir ó procedemento de revisión de oficio previsto na Lei 30/1992.

<sup>67</sup> No mesmo sentido, as SSTS 15/III/1983 (Arzdi. 1437) e 13/III/1984 (Arzdi. 1328).

<sup>68</sup> Vid. STS do 6/II/1988 (Arzdi. 775), f.x. 2. No dito proceso no que interveñen as partes interesadas e o avogado do Estado decídese con plenas garantías, as mesmas que se se tratase dun proceso ordinario, acerca do levantamento da suspensión acordada ou da anulación da licenza.

<sup>69</sup> Cfr. Arzdi. 10215, f.x. 2. No mesmo sentido, a STS do 16/II/1992 (Arzdi. 532).

<sup>70</sup> Cfr. Arzdi. 178 LS de 1976.

■ A primeira entidade pública natural, entre tódalas existentes, incluso o Estado, a quen lle procedeu no curso da Historia, merecedora, por natureza, do respecto dunha vida propia, se ben dentro do imperio do ordenamento superior<sup>71</sup>.

■ A entidade onde se pode mellor exercer, pola inmediatez do elemento humano que a integra, a vida democrática<sup>72</sup>.

■ A entidade que mellor pode interpreta-la normativa aplicable ó caso concreto, de acordo coa realidade social do tempo na que a mesma debe ter efectividade, conforme ó art. 3.1 do Código civil<sup>73</sup>.

Non obstante estas razóns de carácter extraxurídico nas que, así mesmo, me apoio para comparti-la doutrina sentada polo TC e acollida, nalgunhas ocasións polo TS, existe un dato que é obvio: a materia de urbanismo non é competencia exclusiva dos entes locais, senón, como xa se viu, concorrente coas CCAA e, no seu caso co Estado.

Pero isto non lexitima a Administración autonómica para levar a cabo un control de legalidade mediante a suspensión previa e directa dos efectos dun acto ou acordo adoptado pola entidade local no exercicio das súas propias competencias, como é a competencia para outorgar licencias urbanísticas, pois no caso de estimar unha infracción da legalidade urbanística, a CA –se se quere, en calidade de Administración tutelante– poderá impugnar tales acordos ante a xurisdicción contencioso-administrativa, nos termos previstos nos arts. 65 e 66 da LBRL de 1985, a diferenza do que permite a LXCA de 1956.

Polo tanto, conforme ó ordenamento xurídico que se debe ter en conta nesta materia, isto é, a lexislación básica de réxime local dictada polo Estado en desenvolvemento da competencia que ó mesmo lle atribúe a CE no seu art. 148.1.18<sup>a</sup><sup>74</sup>, só a título excepcional, cabe tal potestade, cando os actos ou acordos das entidades locais “atenten gravemente contra o interese de España”, atribuíndoselle neste suposto de carácter extraordinario, a facultade de suspensión ó delegado do Goberno da comunidade (art. 67 LBRL<sup>75</sup>), ou ben cando constituía unha simple medida cautelar que non comporte un control de legalidade.

### c') *Apuntamentos doutriniais.*

A maior parte da doutrina española que se ocupou do tema, estima que falar dunha exclusión xeneralizada de calquera intervención supramunicipal neste sentido non é unha consecuencia directa do recoñecemento da autonomía local operado pola CE e pola LBRL de 1985, na medida no que isto, como sinalou Tomas-Ramón Fernández, é contrario, coa “obvia conco-

<sup>71</sup> Cfr. STS 25/1/1989 (Arzdi. 486), f.x. 5.

<sup>72</sup> Cfr. *Ibidem*.

<sup>73</sup> Cfr. STS 16/V/1984 (Arzdi. 3110), f.x. 5.

<sup>74</sup> Neste sentido, Cfr. STS 25/1/1989 (Arzdi. 486), f.x. 8.

<sup>75</sup> Así o afirmou o TS nunha STS 25/1/1989: “O problema, pois, desemboca na determinación de cal sexa o ordenamento que o municipio (...) teña que ter en conta e respectar. Ordenamento que non pode ser outro que o que se ocupa de regularlo réxime xurídico das corporacións locais, posto que a el lle pertence, e ademais como cuestión de orde pública, o sistema de recursos fronte ós actos das mesmas por parte da Administración do Estado, das comunidades autónomas, e, no seu caso, do respectivo delegado do Goberno –arts. 64 a 67 da Lei 7/1985, do 2 de abril–; sistema que non permite a suspensión previa por parte das ditas entidades públicas, a diferenza do permitido no art. 118 da Lei xurisdiccional, xa que só a título excepcional llo consente no citado art. 67 cando os actos ou acordos ‘atenten gravemente contra o interese xeral de España’, atribuíndolle a facultade suspensiva ó delegado do Goberno na comunidade” (Arzdi. 486, f.x. 6).

trancia de intereses de diferente nivel nas decisións relativas á ordenación territorial e urbana<sup>76</sup>.

Para fundamentar tal posicionamento, o citado autor apóiase no que el denomina a "singularidade do urbanístico" e na súa necesidade de garantir un adecuado equilibrio entre os distintos intereses públicos concorrentes, a definición dos cales non se pode deixar unicamente ó arbitrio dos concellos coa ulterior revisión en vía xurisdiccional dos acordos destes, sen que proceda unha intervención de orde superior sobre os mesmos.

Compartindo a postura do TS adoptada na Sentencia 13/VII/1990<sup>77</sup> (en materia de aprobación do planeamento urbanístico), o dito autor cre que, con ela, este tribunal, "afortunadamente", logrou encontrar tralas súas continuas vacilacións sobre este tema "un punto de equilibrio entre as esixencias que derivan do principio constitucional de autonomía municipal e os requirimentos, tamén inescusables, que resultan da necesaria integración nun marco supramunicipal da pluralidade de intereses e de perspectivas que é característica da ordenación territorial"<sup>78</sup>.

Neste mesmo sentido, pronúnciase Parejo Alfonso, ó cualificar de falsa e disfuncional a idea dunha "incompatibilidade constitucional de principio entre a dita autonomía local e a aplicación de técnicas de control gubernativo"<sup>79</sup>:

■ Disfuncional, por canto a grande maioría dos municipios españois non son máis que pequenos núcleos de poboación.

■ Falsa, tendo en conta a complexa estrutura dos intereses públicos en presenza "o entrecruzamento dos cales - sinala o citado autor- impide considera-la actitude da Administración local como pertencente exclusivamente ó círculo dos seus propios intereses e, polo tanto, da súa soa responsabilidade, actuable, no seu caso, xurídica e politicamente polos cidadáns<sup>80</sup>".

Esta postura deféndeaa, así mesmo Fanlo Loras, quen dende unha perspectiva estritamente competencial, afirma que "os principios que xustifican a existencia desta actividade de tutela da legalidade urbanística local teñen o seu fundamento na consideración do urbanismo como unha función pública que afecta ós intereses xerais da comunidade. Unha correcta concepción desta esixe unha ordenación global do territorio" e engade que "dende o punto de vista da distribución de competencias nesta materia, iso se traduce nun sistema de competencias concorrentes entre os municipios e o Estado, substituído polas comunidades autónomas<sup>81</sup>".

<sup>76</sup> Vid. TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, Ed. El Consultor, (11<sup>a</sup> ed.), Madrid, 1995; páxs. 40-41; GARCÍA DE ENTERRÍA e PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Ed. Civitas, (2<sup>a</sup> ed.), Madrid, 1981, páxs. 122 e segs.

No mesmo sentido pronunciábanse as CCAA nas SSTC analizadas en defensa da admisión da dita potestade de suspensión.

<sup>77</sup> Cfr., Arzdi. 6034.

<sup>78</sup> Vid. TOMAS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, Ed. El Consultor, (11<sup>a</sup> ed.), Madrid, 1995, páx. 41.

<sup>79</sup> Vid. PAREJO ALFONSO, L., "La autonomía local en la Constitución", *Tratado de Derecho Municipal*, Ed. Civitas, (vol. I), Madrid, 1988, páx. 79.

<sup>80</sup> Cfr. PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, páx. 94.

<sup>81</sup> Vid. FANLO LORAS, "La disminución de las medidas de protección de la legalidad urbanística: ¿Está derogado el art. 186 de la Ley del Suelo?", *RAP*, n.º. 111, 1986, páx. 221.



Agora ben, dende un punto de vista crítico, cabe reformularse esta postura baseándose nas seguintes razóns:

1º. En primeiro lugar porque se trata de actos ou de acordos, a competencia dos cales lle corresponde á entidade local, nos que, se ben, poden concorrer intereses supralocais: nacionais, rexionais ou provinciais –concorrenza perfectamente compatible co principio de autonomía municipal consagrado no art. 140 CE<sup>82</sup>–, iso non lexitima a autoridade autonómica para exercer tal potestade de suspensión como manifestación dun control administrativo de legalidade, pois en tal caso, o TC admitiu a posibilidade de que a CA acorde a dita suspensión como medida cautelar dirixida á defensa dos seus propios intereses<sup>83</sup>.

2º. En segundo lugar, porque a lexislación básica estatal permítelles e recoñécelles, expresamente, ás CCAA, cando estimen contrarios á legalidade os acordos dictados polas entidades locais, a posibilidade de impugna-los mesmos ante uns órganos neutrais como son os tribunais para que estes, de forma imparcial, resolvan sobre a súa legalidade ou ilegalidade.

3º. Con base na falta de medios materiais e económicos que padecen a maioría dos municipios españois que, en ocasións, podería xustificar intervencións fiscalizadoras de instancias superiores, sería conveniente unha clasificación destas entidades locais, non só como estableceu a lexislación, en función do seu número de habitantes (menos de 25.000 habitantes e máis de 25.000 habitantes, utilizándose nos primeiros, mecanismos de reacción máis atenuados), senón dende un punto de vista material e económico a prol de admitir determinadas formas de tutela por parte das CCAA<sup>84</sup>.

4º. Por último, porque a maioría dos autores que abordaron este tema expoñen dende unha perspectiva distinta ó ámbito da disciplina urbanística, pensando, sobre todo, no control autonómico sobre o planeamento urbanístico que tanto o TC como o TS admitiron cunha serie de limitacións, distinguindo os aspectos regulados dos discrecionais do plan, para pronunciarse sobre a posibilidade dun control de legalidade ou de oportunidade sobre os mesmos, tendo en conta a titularidade compartida polos municipios e as CCAA no planeamento urbanístico<sup>85</sup>.

Pola contra, recoñecerlles, con carácter xeral, ás CCAA, unha potestade de control sobre este tipo de actos adoptados polas entidades locais pertencentes ó seu propio ámbito territorial, non só vulneraría a garantía institucional da autonomía local, senón que entrañaría xuízos arbitrarios en función de criterios, non tanto xurídicos como, fundamentalmente, de carácter político, materializados en actuacións interesadas sobre a or-

<sup>82</sup> Cfr. STS do 21/VII/1986 (Arzdi. 231), f.x. 1.

<sup>83</sup> Cfr. STC 36/1994, do 10 de febreiro, f.x. 3.

<sup>84</sup> De feito, o TC declarou conforme á CE, o control de oportunidade autonómico en materia económico-financeira na STC 5/1981, do 2 de febreiro.

<sup>85</sup> A diferenza do que acontece en materia de licencias urbanísticas, en canto competencia específica das entidades locais, en materia de planeamento, a potestade de titularidade compartida entre aqueles e as CCAA derivase da diversidade de intereses presentes no campo do urbanismo, o que fai, que a intervención da CA neste aspecto do urbanismo sexa perfectamente compatible co principio constitucional de autonomía local. De especial interese neste sentido é a STS do 13/VII/1990 (Arzdi. 6034).

denación urbanística dos municipios españois, as decisións dos cales se ven, frecuentemente, atadas pola autoridade autonómica competente.

En conclusión, o principio de autonomía das corporacións locais, como admitiu o TC, é compatible coa existencia dun control de legalidade sobre o exercicio das súas competencias, realizado nos casos e nas formas predeterminadas polo lexislador, xa sexa estatal ou autonómico, tendo en conta a superioridade do Estado e das CCAA sobre as entidades locais.

Pero isto, *sempre e cando non se trate dun control de carácter xenérico e indeterminado que sitúe os entes locais nunha posición de subordinación ou de dependencia xerárquica respecto da Administración superior*, senón de controis de carácter concreto, referidos, normalmente, a supostos nos que o exercicio das competencias da entidade local incidan en intereses xerais concorrentes cos daquelas<sup>86</sup>.

### **3. A potestade revisoria de acordos municipais en materia de urbanismo**

Constitúe un suposto de extralimitación na potestade refundidora do executivo de 1992, a regulación da facultade do exercicio da potestade revisora dos acordos municipais en materia de licencias urbanísticas por subrogación do Estado ou das CCAA ante a pasividade das corporacións locais, unha vez requiridas, para que inicien un procedemento de revisión de tales acordos.

Esta extralimitación dérivase de que tales artigos traen causa dos arts. 5.4, 187.2 e 188.3 do TRLS de 1976, derogados pola Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local, ó excluír do sistema de impugnación dos actos e acordos das entidades locais pola Administración do Estado ou a CA correspondente, todo mecanismo de revisión administrativa de tales actos por unha Administración distinta da que os dictou.

É dicir, neste suposto rexe novamente a regulación da LBRL de 1985 no sentido de que o Estado e a comunidade autónoma, unicamente, poderán impugnar directamente ante a xurisdición contencioso-administrativa, os actos e acordos das corporacións locais que infrinxan o ordenamento xurídico nos termos dos arts. 65, 66 e 67 da LBRL.

Agora ben, a súa inclusión no texto legal vixente, ex. arts. 252 e 254, obriga a considerar este aspecto, en canto preceptos aplicables, polos problemas que suscita na práctica.

<sup>86</sup> Cfr. SSTC 4/1981, do 2 de febreiro, f.x. 2; 27/1987, do 27 de febreiro, f.x. 3.

Así, de acordo co art. 252 (precepto de carácter supletorio): "Nas actuacións sen licencia ou orde de execución, as medidas reguladas nesta sección serán acordadas polo órgano autonómico competente, se unha vez requirido o concello para estes efectos, non as adoptase no prazo dun mes, comezado a contar dende a recepción do requirimento".

Pola súa parte, o art. 254.1, de aplicación plena, dispón:

"1. As licencias ou ordes de execución, o contido das cales constitúa manifestamente algunha das infraccións urbanísticas graves definidas nesta lei deberán ser revisadas dentro dos catro anos dende a data da súa expedición pola corporación municipal que as outorgou a través dalgún dos procedementos do art. 110 da Lei de procedemento administrativo".

Dunha interpretación sistemática de ámbalas disposicións, cabe concluír que o texto legal lles atribúe ás CCAA a facultade de *subrogarse* no exercicio da potestade revisoria dunha licencia urbanística ou orde de execución ilegal, cando requirido o concello que adoptou o dito acordo para que leve a cabo a revisión do mesmo, non o faga no prazo dun mes dende tal requirimento. Neste caso o órgano autonómico competente deberá revisa-lo dito acordo dentro dos catro anos seguintes á data do seu outorgamento pola corporación municipal.

A subrogación pola CA na competencia municipal analizada alcanza tanto a incoación, como a tramitación e resolución do procedemento de revisión.

Agora ben, para entende-la dita extralimitación operada polo lexislador estatal nesta materia, o xuízo de constitucionalidade da cal constitúe unha tarefa pendente do TC, debe partirse na súa análise dos preceptos dos que traen causa os arts. 252 e 254 do TR de 1992, que son os arts. 187.2 e 188.3 do Texto refundido da Lei do solo e ordenación urbana de 1976.

Conforme ó art. 5.4 do TR de 1976<sup>87</sup>, en tales artigos préviase a facultade de subrogación da Comisión Provincial de Urbanismo e, no seu defecto, do titular do Ministerio da Vivenda, no exercicio da competencia revisora da corporación local, das licencias e ordes de execución, o contido das cales constitúe manifestamente algunha infracción urbanística grave, cando a corporación municipal non exercitase tal potestade no prazo dun mes dende a comunicación (requirimento) do gobernador civil para estes efectos (art. 187.2 e 188.3 TR de 1976).

Permitíase, polo tanto, a subrogación da Administración do Estado no exercicio de competencias da Administración local cando esta non as exercitase axeitadamente ou cando resultasen afectados intereses superiores.

<sup>87</sup> En virtude do cal, "os órganos urbanísticos fomentarán a acción das corporacións locais, cooperarán no exercicio da competencia que lles confire a Lei de réxime local e *subrogaranse nela cando non a exercesen adecuadamente ou o seu cometido exceda das súas posibilidades*"

Coa promulgación da Constitución de 1978 e, fundamentalmente a raíz da LBRL de 1985, a situación anterior cambia de forma radical.

O recoñecemento constitucional e a garantía institucional da autonomía local prevista nestas normas, exclúe todo tipo de actos ou medidas adoptadas polo Estado ou as CCAA que comporten a suspensión ou a privación dos efectos de acordos locais, autorizándolles, como xa se viu, unicamente, a estas administracións superiores a posibilidade de impugnalos mesmos ante a xurisdicción contencioso-administrativa, con ou sen previo requirimento da corporación local, segundo os casos.

A LBRL de 1985 veu, polo tanto, a suprimirlas medidas de intervención, tutela e control que previa a anterior Lei de réxime local de 1955, así como o TRLS de 1976 e, conseguintemente, quedaron derogados, con anterioridade á reforma urbanística de 1990, os preceptos que regulaban esta materia na LS de 1976, arts. 5.4, 187.2 e 188.3.

Por outra parte, se o principio de autonomía local prevalece, como se indicou, sobre a potestade normativa das CCAA en materia de urbanismo en prol de atribuírlle a potestade de suspensión dos acordos municipais á autoridade autonómica competente, con máis razón debe aplicarse tal principio cando se trata de anular e de deixar sen efecto os mesmos.

Aplicando a doutrina do TC relativa á suspensión dos efectos das licencias ou ordes de execución e a súa incompatibilidade co principio de autonomía local (arts. 137 e 140 CE), analizada no apartado anterior e contida, especialmente, nas SSTC 213/1988 e 259/1988, ás que agora me remito para determina-la constitucionalidade ou inconstitucionalidade desta potestade de revisión por subrogación das CCAA, a afirmación anterior fundaméntase nas razóns seguintes:

■ A diferenza do carácter temporal da suspensión, a revisión de oficio dos acordos municipais produce efectos definitivos.

■ Para acorda-la suspensión de tales acordos é sempre necesario a súa impugnación ante a xurisdicción contencioso-administrativa, mentres que na revisión de oficio, todo o procedemento se desenvolve no seo da Administración.

Convén lembrar que a revisión de oficio que conduce á anulación de actos administrativos declarativos de dereitos só se xustifica cando estes son ilegais.

O órgano competente é, ben a propia entidade local, de oficio, que dictou o acordo cuestionado, ou ben os propios tribunais competentes a instancia de calquera interesado, incluída a CA correspondente (art. 103 LRJPA)<sup>88</sup>, mais xamais se pode

<sup>88</sup> O procedemento de revisión de actos anulables en vía administrativa regúlase no art. 103 da LPC, que distingue dous procedementos distintos de acordo coa anulación de actos declarativos de dereitos:

1º. A anulación, de oficio, pola propia Administración, tralo dictame do Consello de Estado ou órgano consultivo da CA se existise, dos ditos actos cando infrinxan gravemente normas de rango de lei ou regulamentario (é dicir, a lexislación urbanística ou o planeamento urbanístico), ou ben que o procedemento de revisión se inicie antes de transcorridos catro anos dende que foron dictados (art. 103.1).

2º. A anulación polos tribunais contencioso-administrativos, trala declaración de lesividade para o interese público adoptada polo órgano de cada Administración (autonómica ou local) competente na materia e a ulterior impugnación ante esta xurisdicción (art. 103.2 e 4).

admiti-la competencia da CA, no exercicio de facultades subrogadas, para decidir sobre a nulidade de actos ou de acordos municipais.

O TC veu confirma-la inconstitucionalidade dos arts. 252 e 254 do TRLS de 1992, ó declarar inconstitucional –“nulo”– o art. 2.1, parágrafo 2º, da Lei canaria 3/1985, do 29 de xullo, de medidas urxentes en materia de urbanismo e protección da natureza, que establecía unha previsión análoga á contida no art. 187.2 do TR de 1976.

Conforme ó art. 2.1, par. 2º da citada lei canaria:

“Acordada a suspensión polo órgano competente, a mesma poderá ser rematada de oficio ou a instancia de parte, se unha vez comprobados os actos referidos no parágrafo anterior<sup>89</sup>, deles non se deducise un dano para a área obxecto do expediente. Noutro caso poderá concederse a anulación da licencia polo procedemento establecido para a revisión de oficio dos actos administrativos”.

En concreto, o TC na STC 148/1991, do 4 de xullo, apoiándose noutras sentencias anteriores deste mesmo tribunal, declaraba contrario á CE o precepto anterior, expoñendo unha serie de motivos que o xustifican:

a) A potestade que lle outorga este precepto á Administración autonómica non pode exercerse sobre actos emitidos por entidades locais, tanto por razóns lóxicas, como por imperativo constitucional.

■ Por razóns lóxicas, “porque a revisión, como todo acto de xénero revogatorio só pode recaer sobre os actos que foron dictados pola mesma Administración que emite o acto de contrario imperio, ou ó que exerce lícitamente a mesma competencia no exercicio do cal se dictou”.

■ Por imperativo constitucional, porque “a revisión estatal de actos locais definitivos en vía administrativa pereceu coa Constitución, que aboliu a subordinación case xerárquica á que estaban sometidas as corporacións locais”.

b) A posición constitucional dos entes locais, fundada, conforme ós arts. 137 e 140 CE., no carácter representativo dos seus órganos de goberno, así como na xestión autónoma dos seus propios intereses, implica a súa separación e substantivación respecto das administracións do Estado e da súa respectiva CA.

c) O axuízamento da ilegalidade das licencias municipais correspóndelles ós tribunais e no caso concreto de impugnacións interpostas por unha CA, deberá canalizarse polas vías previstas nos arts. 65 e 66 da LBRL.

d) Trátase de actos locais que causan estado, por supoñe-

<sup>89</sup> O parágrafo primeiro do art. 2.1 da citada Lei canaria 3/1985, refírese á suspensión cautelar, decretada de oficio ou a instancia de parte, dos actos de uso do solo e da edificación exercitados por particulares e empresas públicas ou privadas, incluso cando os ditos actos estean amparados por licencia ou autorización previa.

ren o exercicio de competencias propias que a lexislación urbanística vixente configura como exclusivamente locais. Distinto sería que o municipio estivese exercendo competencias delegadas, ou de xestión ou de execución compartidas con facultades estatais ou autonómicas de decisión definitiva ou resolutoria, como é o caso da potestade de planeamento urbanístico.

En conclusión, o executivo de 1992 non se debeu basear na LS de 1976 para realiza-la súa regulación, en concreto, nos citados arts. 5.4, 187.2 e 188.3 da dita lei pois, nese momento, os mesmos encontrábanse derogados pola LBRL de 1985; derogación que, posteriormente, confirmou o TC, na que declaraba inconstitucionais aquelas disposicións autonómicas que lle atribuían a potestade de revisión de oficio de acordos locais á CA.

#### **4. A incidencia da LRRU 8/1990 e do TRLS de 1992 no réxime local**

Trala reforma da lexislación urbanística operada pola Lei 8/1990, do 25 de xullo, Texto refundido de 30 de xuño de 1992, desaparece do seu contido normativo, de acordo coa LBRL de 1985 e asumindo a doutrina sentada polo TC –e compartida, ás veces, polo TS–, toda referencia ás facultades de suspensión e revisión dos actos e acordos locais polas autoridades autonómicas, coa excepción prevista no seu art. 252 relativa á posibilidade de subrogación da CA en caso de falta de reacción municipal fronte ás actuacións sen licencia ou orde de execución.

Por outra parte, a lexislación urbanística autonómica que consideraba esta facultade –Lei madrileña de disciplina urbanística, do 10 de febreiro de 1984; Lei galega de adaptación do solo a Galicia, do 22 de agosto de 1985; Lei murciana, sobre distribución de competencias en materia de urbanismo entre os órganos da CA, do 23 de maio de 1986 e Lei asturiana, reguladora da disciplina urbanística do 8 de abril de 1987–, quedou desprazada agora, non só pola LBRL de 1985 que, como declarou o TC en repetidas ocasións, eliminou os controis gubernativos de legalidade sobre a actividade dos entes locais, senón tamén polos arts. 254.1 e 255.2 do Texto refundido vixente, por ter carácter de aplicación plena, en virtude da súa disposición final única, número 2.

Así, a teor do art. 254.1 TRLS de 1992: “As licencias ou ordes de execución, o contido das cales constituía manifestamente algunha das infraccións urbanísticas graves definidas nesta lei

deberán ser revisadas dentro dos catro anos dende a data da súa expedición pola corporación municipal que as outorgou a través dalgún dos procedementos do art. 110 da Lei de procedemento administrativo”.

A remisión feita ó art. 110, precepto derogado pola LPC 30/1992, debe entenderse feita ós arts. 102, 104 e 106 desta última<sup>90</sup>.

Pola súa parte, o art. 255.2 TRLS de 1992, dispón:

“As licencias ou ordes de execución que se outorgaren con infracción da zonificación ou uso urbanístico das zonas verdes ou espazos libres previstos nos plans serán nulas de pleno dereito.

Mentres as obras estivesen en curso de execución procederase á *suspensión dos efectos* da licencia e á adopción das demais medidas previstas no artigo 253. Se as obras estivesen rematadas procederase á súa anulación, de oficio polos trámites previstos no artigo 109 da Lei de procedemento administrativo” (hoxe arts. 102 a 106 LRXPA).

Polo tanto, conforme á lexislación urbanística vixente, unicamente cabe tal potestade de control gubernativo por parte da CA no suposto considerado no art. 252 do TRLS de 1992; precepto de aplicación supletoria en defecto de regulación autonómica, en virtude do cal:

“Nas actuacións sen licencia ou orde de execución, as medidas reguladas nesta sección (tendentes á protección da legalidade urbanística) acordaraas o órgano autonómico competente, se requirido o Concello para estes efectos, non as adoptase no prazo dun mes, comezado a contar dende a recepción do requirimento”.

Entre tales medidas encóntrase a suspensión inmediata das obras de edificación que se estivesen executando sen licencia ou sen axustarse ás suás determinacións (art.248, precepto de carácter básico), en tal caso, ante a inactividade do órgano municipal competente (concello) que outorgase a licencia, durante o prazo dun mes, a contar dende o seu requirimento, o órgano autonómico competente procederá a acordala suspensión das mesmas co obxecto de restaurala legalidade urbanística vulnerada.

Esta intervención da autoridade de tutela a través da subrogación no exercicio de competencias locais<sup>91</sup>, podería xustificarse pola concorrencia de intereses públicos de diversa índole, de forma que a actitude negligente ou omisiva da entidade en principio competente, ou simplemente a incapacidade de xestión ou a insuficiencia de medios da mesma, non impida lograr un correcto desenvolvemento dos distintos intereses sectoriais afectados.

Por esta razón, entendo que a subrogación se debe encadrar non tanto como unha técnica ou mecanismo de control –prohi-

<sup>90</sup> Cfr. Disposición derogatoria 4 da Lei 30/1992 e art. 53 LBRL de 1985.

<sup>91</sup> O Texto refundido da Lei sobre réxime do solo e ordenación urbana do 9 de abril de 1976, xa prevía a subrogación dos organismos urbanísticos estatais (con funcións, esencialmente, de tutela e control sobre as competencias locais) nas competencias que a dita lei lles atribuíra ás corporacións locais (art. 5.4).

Esta configuración legal respondía a un principio básico que resumiu o TS nunha Sentencia do 03/III/1978 (Arzdi. 860, Considerando 1): “A actuación dos organismos urbanísticos estatais será primordialmente para o fomento da acción das corporacións locais, coas cales cooperarán no exercicio das competencias que lles confire a lei, e *subrogaranse* só nelas cando non as exercitaren axeitadamente e o seu cometido exceda das súas posibilidades: é dicir, a lei atópase articulada sobre a base de recoñecemento da *autonomía municipal*, a cal se desenvolve sobre un sistema de tutela estatal que só chega á subrogación ou avocación de funcións cando iso se insta desde as propias administracións locais en razón a que os cometidos por desenvolver excedan das súas posibilidades ou cando a causa do abandono das súas funcións non exercitaren estas adecuadamente”.

Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley del Suelo*, Ed. Civitas, (6ª ed.) Madrid, 1993, páxs.98 e ségs., sinala: “...a pesar das fórmulas solemnes co que se consagra a autonomía municipal, o certo é que o Estado e as comunidades autónomas, no

bidas, con carácter xeral, pola LBRL- senón como unha garantía do correcto exercicio das funcións públicas, entre a que se inclúe a función pública urbanística, establecida en favor dos cidadáns, sempre e cando non sexa contraria ó principio constitucional de autonomía local<sup>92</sup>.

Agora ben, o art. 252 só prevé tal facultade no suposto de obras en curso de execución realizadas sen licencia ou orde de execución ou sen axustarse ás determinacións da mesma (art.248), pero non cando, se se realizan obras ó amparo dunha licencia ou orde de execución, o contido dos ditos actos administrativos constituía manifestamente unha infracción urbanística grave; suposto que regulaba o anterior art. 186 do TRLS de 1976.

Se o suposto que considera expresamente o TRLS de 1992 ten a súa lóxica xustificación na necesidade de adecuación de toda obra ó planeamento urbanístico en vigor, cabería pois, por analogía, entender aplicable tal potestade de subrogación da CA nos supostos de obras iniciadas ó amparo dunha licencia ou orde de execución, cando o contido dos ditos actos administrativos constituía manifestamente unha infracción urbanística grave, previsto no art. 253. 1 e 2 TRLS, en virtude do cal:

“1. O alcalde disporá a suspensión dos efectos dunha licencia ou orde de execución e conseguintemente a paralización inmediata das obras iniciadas ó seu amparo, cando o contido dos ditos actos administrativos constituía manifestamente unha infracción urbanística grave.

2. O alcalde procederá no prazo de tres días, a darlle traslado directo do dito acordo á Sala do contencioso-administrativo competente, para os efectos previstos no artigo 118 da Lei reguladora da xurisdicción contencioso-administrativa”.

Así, cabería preguntarse se pode aplicarse por analogía a subrogación autonómica neste suposto no que se lle atribúe á corporación local a potestade de suspensión dos efectos de actos e acordos dictados por ela mesma, sen que, en principio, a Administración autonómica teña ningún tipo de intervención ou control sobre os mesmos.

O TS, con grande acerto, deu a resposta nunha recente Sentencia do 16/II/1993<sup>93</sup>, partindo da doutrina establecida polo TC, na que declaraba que:

“As CCAA carecen de competencia para suspender los acuerdos das corporacións locais en materia de urbanismo por se suprimiren a súa anterior potestade trala promulgación da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local, conforme ós seus arts. 65 e 66. Agora ben esta doutrina non é aplicable ós supostos (...) nos que a expresada facultade de suspensión se exerce, non por unha comunidade autónoma, senón polo propio alcalde do concello concedente da licencia, ó amparo do núm. 1 do citado art. 186<sup>94</sup>”.

exercicio das potestades en materia urbanística, poden subrogarse na competencia municipal nos supostos previstos nas leis”; TEJEDOR BIELSA, J.C., “La subrogación como técnica de protección de la legalidad urbanística en la legislación autonómica” *REALA*, n.º. 259, 1993, páxs. 547 e segs.

<sup>92</sup> Entre a doutrina científica máis destacada que aborda seriamente o tema, *vid.* PAREJO ALFONSO, L., “Relaciones interadministrativas y de conflicto en la Ley Básica de Régimen Local”, *REALA*, n.º. 223, 1988, e “La Autonomía local en la Constitución”, *Tratado de Derecho Municipal*, Ed. Civitas, vol. I, Madrid, 1989, páxs.94 e 95, requirindo para tal subrogación a concurrencia de determinados requisitos de tipo material e procedementa; BERMEJO VERA, “El control de las decisiones locales”, *Tratado de Derecho Municipal*, vol.I, páxs. 537-579; NIETO, A., “Impugnación jurisdiccional de actos y acuerdos de las Entidades locales”, *RAP*, n.º. 115, 1988, páxs. 7 e segs.; SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local*, Madrid, 1990, pág. 221; TORRES MAS, J., “La actividad de control sobre las Entidades locales”, *Informe sobre el Gobierno local*, Ed. MAP, Madrid, 1992, páxs. 97 e segs.

<sup>93</sup> Cfr. Arzdi. 532, f.x. 4.

<sup>94</sup> Cfr. no mesmo sentido, as SSTs do 22/I/1988 (Arzdi. 335); 06/II/1988 (Arzdi. 775), 07/XI/1991 (Arzdi. 8797).



É dicir, a facultade que o art. 186.1 do TR de 1976 lle outorgaba ó alcalde e que agora outorga o vixente art. 253.1, para dispoñe-la suspensión dos efectos dunha licenza cando o contido da mesma constitúa manifestamente unha infracción urbanística grave, debe estimarse vixente, sen que a iso obste o disposto nos arts. 65 e 66 da LBRL, así como a súa disposición derogatoria e), nin a xurisprudencia do TC neste sentido.

E isto, porque se ben o TC estableceu que a alínea 2ª do art. 186 non pode prevalecer fronte ó principio de autonomía local consagrado na CE (arts. 137 e 140), na medida en que a súa aplicación poida supoñer unha intromisión indebida dun órgano estatal ou autonómico na esfera de competencias estritamente locais, non cabe dici-lo mesmo respecto da alínea 1ª do citado artigo, o cal, como sinalou o TS:

“(…) vén reforza-la (...) autonomía da corporación que acorda a suspensión dunha licenza outorgada, en virtude de subrogación, por un órgano da Administración autonómica<sup>95</sup>”.

Polo tanto, conforme a esta máis recente xurisprudencia, a clave está en distingui-lo acto administrativo de outorgamento de licencias do acordo de suspensión dos efectos da mesma:

a) O *acto administrativo de outorgamento dunha licenza urbanística* é, nun principio, unha competencia natural e específica da corporación local, sobre a que cabe a subrogación do órgano autonómico competente (a CPU ou órgano especificamente previsto polos distintos lexisladores autonómicos para tales efectos) ante a pasividade municipal<sup>96</sup>.

Así, cando unha licenza de obras a outorga a CPU, o concello competente inicialmente para outorgala queda vinculado plenamente polo acto declarativo de dereitos que constitúe a licenza, de forma que para os efectos do réxime de recursos ou control, as decisións que adopten os ditos órganos autonómicos mediante xustificada subrogación no exercicio da competencia municipal, se considerarán actos da corporación titular<sup>97</sup>, sen desviar, por conseguinte o centro de imputación de responsabilidade.

A virtualidade e eficacia da fórmula subrogatoria consiste en que a través da mesma se consegue unha substitución puntual no exercicio dunha determinada competencia municipal suxeita a un límite temporal concreto, sen que iso signifique priva-lo concello dunha competencia natural (como é o caso do outorgamento de licencias), senón que co dito mecanismo se prevé “apura-las posibilidades de que non haxa necesidade de recorrer ó emprego da técnica do silencio administrativo positivo<sup>98</sup>”.

b) O *acordo de suspensión dos efectos dunha licenza* é compe-

<sup>95</sup> Cfr. SSTS 21/II/1986 (Arzdi. 1609), 16/II/1932 (Arzdi. 532).

<sup>96</sup> Cfr. art. 15 e segs. TRLS (en especial, en solos non urbanizables ou urbanizables non programados) e art. 9.1.7º RSCL de 1955.

<sup>97</sup> Cfr. STS 29/V/1992 (Arzdi. 4302).

<sup>98</sup> Cfr. SSTS 29/IX/1986 (Arzdi. 6008), 05/XII/1989 (Arzdi. 9101), 24/II/1992 (Arzdi. 3386).

tencia, en todo caso, da entidade local, en virtude do principio de autonomía municipal consagrado na CE en canto "principio rector da organización territorial do Estado"<sup>99</sup>.

E como tal competencia específica ou exclusiva do ente local, non existe inconveniente ningún –como sinalou unha STS 25/VI/1984–, en reconece-los órganos da Administración municipal unha vez substituída a posibilidade de reaccionar contra o acto de outorgamento de licencia do substituto ou subrogado na mesma forma en que deben facelo fronte ós seus propios actos<sup>100</sup>.

Así, segundo o art. 52 do Regulamento de disciplina urbanística, en ningún caso, a Administración poderá deixar de adoptar-las medidas tendentes a repoñe-los bens afectados ó estado anterior á produción da situación ilegal. E unha desas formas de control e de restablecemento da legalidade urbanística, é a actuación polo alcalde da potestade suspensiva que lle reconece o art. 253.1 TRLS (art. 186 TR de 1976), a cal non vulnera a autonomía municipal que, en todo caso, debe quedar garantida.

Así mesmo, para o desenvolvemento da dita potestade suspensiva, é necesario que conorra un presuposto de feito, consistente en que o "contido" da licencia constituía manifestamente unha infracción urbanística grave. Como declarou o TS:

"De tódolos elementos do acto administrativo (neste caso da licencia urbanística) é o 'contido' o que debe proporcionar-la causa da decisión suspensiva"<sup>101</sup>.

O lexislador estatal de 1992, neste aspecto, como en moitos outros, extralimitouse na súa función refundidora, ó cualificar-lo art. 253 do TRLS de 1992 con carácter supletorio, isto é, aplicable en defecto de regulación autonómica. É dicir, está, implicitamente, admitindo a facultade de suspensión pola CA, cando esta así o prevea na súa normativa específica.

Agora ben, respecto da dubidosa constitucionalidade do TR de 1992, e tendo presente a doutrina do TC antes exposta, reputarase, así mesmo, inconstitucional a dita remisión á normativa autonómica a prol de atribuírle á autoridade autonómica competente a facultade de suspensión dos efectos dos acordos ou actos das entidades locais, como declarou o TC.

O órgano autonómico unicamente poderá impugna-los ditos actos ou acordos locais ante a xurisdicción C-A, e serán os órganos xurisdiccionais os que resolvan sobre a suspensión ó fío do recurso que para os efectos se interpoña.

Por outra parte, o art. 253.2 TR de 1992 (art. 186.3 TR 1976) prevé o traslado do acordo de suspensión adoptado polo alcalde

<sup>99</sup> Cfr. SSTS 20/X/1980 (Arzdi. 3924), 29/V/1992 (Arzdi. 4302).

<sup>100</sup> Cfr. SSTS 25/VI/1984 (Arzdi. 4640), 29/V/1992 (Arzdi. 4302).

<sup>101</sup> Vid. STS do 29/V/1992 (Arzdi. 4302). Cfr. SSTS 14/II/1987 (Arzdi. 9482), 29/II/1988 (Arzdi. 1500), 13/XI/1990 (Arzdi. 883), entre outras.

no prazo de tres días á Sala do C-A, o cal, segundo o art. 118.5 LXCA integra unha pretensión de anulación da licencia (ou ben de levantamento da suspensión).

En expresión do TS, tal previsión "dálle vida a un proceso co que se aspira a eliminar do mundo xurídico un acto declarativo de dereitos<sup>102</sup>", e quebrar, polo tanto, a regra xeral da irrevogabilidade dos ditos actos.

A comunicación da suspensión ó órgano xurisdiccional, polo tanto, constitúe unha *conditio sine quae non* do proceso especial que orixina o acordo de suspensión regulado no art. 118 da Lei xurisdiccional por remisión do art. 253 do TR de 1992, derivada das súas peculiaridades e, en particular, das súas consecuencias interruptoras da eficacia da autorización concedida e paralizadoras das obras iniciadas<sup>103</sup>.

Sobre o prazo legal de tres días de que dispón o alcalde para trasladarlle *directamente* á dita sala, da resolución ou acordo de suspensión dos efectos dunha licencia e inmediata paralización das obras iniciadas ó seu amparo, cando tal licencia constitúe manifestamente unha infracción urbanística grave, o TS foi uniforme dende 1983 ata hoxe<sup>104</sup>.

Recentemente, nunha Sentencia do 25/IX/1995<sup>105</sup>, este tribunal, analizando o art. 186 do TR de 1976, e que pode aplicarse ó vixente art. 253.2 TRLS de 1992, recordaba que:

"(...) é un prazo fatal e improrrogable, de imperativa vixencia, prazo de caducidade, a inobservancia do cal priva de efectos a suspensión de que se trate, ó excluí-lo pronunciamiento sobre a existencia da infracción; xa que esta posta en coñecemento, o traslado, opera coma unha condición, ou carga en sentido técnico, que ese artigo 186 lle impón ó alcalde que actúa en defensa da legalidade urbanística".

No caso de que o tribunal confirme a decisión de suspensión ou paralización das obras acordada polo alcalde e anule a licencia<sup>106</sup>, procederase a incoar dous expedientes administrativos distintos: o de destrución do construído ou demolición e retirada das obras efectuadas, e/ou o de disciplina urbanística<sup>107</sup> contra as persoas responsables da infracción da legalidade urbanística (facultativo que informou favorablemente o proxecto; membros da corporación que votasen a favor e o colexio de arquitectos que outorgase o visado urbanístico<sup>108</sup>) que responderán con carácter independente das multas que se lles impoñan ós distintos suxeitos dunha mesma infracción (art. 267 TRLS)<sup>109</sup>.

Este procedemento especial previsto no art. 118 LXCA que debe seguirse, entre outros, no caso previsto no art. 253 do TRLS

<sup>102</sup> Cfr. STS 29/V/1992 (Arzdi. 4302).

A natureza xurídica da licenza municipal foi precisada polo TS como acto de control preventivo, non constitutivo, senón simplemente declarativo dun dereito preexistente do administrado que lle atribúe o ordenamento urbanístico, pero que non lle transfere facultades, senón que cambia límites, polo que no seu outorgamento ou denegación, así como na suspensión dos seus efectos, debe actuarse dentro da máis estrita legalidade; Cfr. SSTS 21/II/1981 (Arzdi. 1147), 13/XII/1983 (Arzdi. 6336), 11/II/1992 (Arzdi. 2304).

<sup>103</sup> O dito acto de comunicación debe practicarse, de acordo con ámbolos dous preceptos, no prazo de tres días, o cómputo do cal, por constituír unha actuación administrativa, se inicia o día da remisión -e non o da recepción do traslado-, con dedución dos días inhábiles. A súa inobservancia priva de efectos a suspensión, o excluí-lo pronunciamiento sobre a súa causa, que non é outra que a realidade da infracción; Cfr. SSTS 26/IV/1982 (Arzdi. 2466), 18/V/1982 (Arzdi. 3910), 07/VII/1982 (Arzdi. 5359), 225/X/1982 (Arzdi. 6429), 15/VI/1983 (Arzdi. 3530)

<sup>104</sup> Cfr. SSTS 14/II/1983 (Arzdi. 824), 07/IV/1983 (Arzdi. 2070); 23/I/1984 (Arzdi. 485), 16/XII/1988 (Arzdi. 9975), 29/V/1992 (Arzdi. 4302), 02/VI/1992 (Arzdi. 4814), 14/X/1992 (Arzdi. 7592), 28/I/1993 (Arzdi. 248), 09/XI/1994 (Arzdi. 8506), 25/IX/1995 (Arzdi. 6680), entre outras.

<sup>105</sup> Cfr. Arzdi. 6680.

<sup>106</sup> Cfr. art. 104 LRXPA.

<sup>107</sup> Respecto do segundo dos expedientes citados, o obxecto do cal radica en esclarecer os feitos denunciados e acorda-lo precedente en dereito, ante a falta de apertura do mesmo polo concello por pedimento do interesado, é dicir, ante a absoluta pasividade municipal nos mo-

mentos nos que a corporación ostenta o maior protagonismo na vía administrativa, aquel poderá denuncia-la mora, e transcorridos 3 meses dende a denuncia, poderá considerar desestimada a súa petición.

Esta denegación presunta non exime a Administración do deber de dictar unha resolución expresa debidamente fundada, conforme á obrigação do deber de resolver que categoricamente lle vén imposto no noso ordenamento xurídico, ex. art. 38.2 LXCA); Cfr. STS 04/II/1992 (Arzdi. 2245).

<sup>108</sup> Cfr. STS 18/III/1992 (Arzdi. 3378).

<sup>109</sup> Conforme ó art. 130.3 da Lei 30/1992, en virtude do cal tal responsabilidade ten carácter solidario, cabería cuestionarse se tal precepto deroga o art. 267 TR. Entenderase aplicable este último polo carácter máis especial da disciplina urbanística, sen prexuízo de que, dada a súa configuración como precepto de aplicación supletoria, as CCAA poidan establecer outra cousa na súa normativa específica. Agora ben, iso é independente da eventual responsabilidade subsidiaria dos que deberán previla infracción (art. 130.3, par. 2, Lei 30/1992).

<sup>110</sup> Cfr. Auto do 26/X/1992 (Arzdi. 8368).

<sup>111</sup> Unha vez anulada a licenza (ou orde de execución) esterase ó disposto nos arts. 40, 253.3 e 254.2 do TR.

<sup>112</sup> Cfr. Arzdi. 3284, f.x. 9.

<sup>113</sup> Novamente, xoga aquí un papel primordial o factor temporal, neste caso, de acordo coa restauración da legalidade urbanística vulnerada que, en canto finalidade esencial da disciplina urbanística, o seu control lle corresponde ó concello a través da técnica de Policía urbanística. Se este órgano emprega para tal fin un mecanismo distinto deste, incorrerá en desviación de poder, prohibida no ámbito urbanístico polo art. 242.3 TRLS de 1992.

de 1992 pode dividirse en catro fases claramente diferenciadas, descritas con todo detalle nos apartados 2, 3, 4 e 5 do citado precepto<sup>110</sup>:

1<sup>a</sup>) Recibido o traslado do acordo de suspensión na Sala do C-A, esta requirirá o órgano que dictou o acto para que remita o expediente administrativo e alegue o que estime procedente en defensa do acto de suspensión.

2<sup>a</sup>) Recibido o expediente e publicado convenientemente o anuncio da suspensión, a Sala do C-A trasladaralle o mesmo ó avogado do Estado, para que no prazo de 20 días emita un informe acerca do mantemento ou da anulación do dito acordo.

3<sup>a</sup>) Posteriormente, pónselles de manifesto o expediente administrativo a cantos se presentasen, para que nun prazo común a todos de 20 días aleguen o que estimen procedente.

4<sup>a</sup>) Por último, con ou sen alegacións, o tribunal dicta sentenza no prazo de dez días.

En canto á anulación dos ditos actos, esta pode ter lugar polas vías xerais admitidas en dereito público. Neste caso, fai falta detectar e declarar previamente o vicio de legalidade pola canle do art. 118 LXCA, por remisión do art. 253.2 TRLS de 1992<sup>111</sup>.

Como pode observarse, no procedemento descrito non existe unha demanda nin a conseqüente contestación a ela. Unicamente hai alegacións formuladas polas partes afectadas polo dito acto: polo alcalde que adoptou o acordo de suspensión no momento de remitirle o expediente á sala e polo titular da licenza, os efectos da cal foron suspendidos ou ben por outro particular que percibise irregularidades durante a execución material do contido da licenza. Así mesmo, na súa posición de defensor da legalidade, o avogado do Estado, emite informe sobre a procedencia ou improcedencia de mante-lo dito acto ou acordo.

Por outro lado, cabería cuestionarse no curso deste procedemento, a inexistencia de dúas fases procesuais importantes: un período procesual de proba e un trámite de conclusións escritas ou vista oral antes de que o tribunal dicte sentenza.

Isto obedece a que o lexislador quixo con este procedemento especial de carácter sumario, facer que o período de tempo que transcorre ata declara-la validez ou non do acto suspendido sexa o máis breve posible, en prol do *principio de seguridade xurídica*. A propósito deste principio xeral do ordenamento xurídico, unha STS do 16/III/1992<sup>112</sup>. Nun suposto de outorgamento de licenza de obras, declaraba:

“ (...) ha de estar presente en todo momento na vida do dereito, máxime nun dereito dun réxime tan disciplinado como é o urbanístico, que transforma as propiedades sometidas ó mesmo á condición de propiedade estatutaria (...)”<sup>113</sup>.

Agora ben, a inexistencia dun período probatorio non obsta á aplicación da doutrina xeral da carga da proba<sup>114</sup> a este suposto concreto, en virtude da cal é a Administración a que debe soportar-la carga da proba da existencia da infracción urbanística grave e manifesta, máxime cando, como ocorre no exercicio da potestade suspensiva estudada constitúe unha rigorosa existencia a concorrencia dos elementos que integran a súa causa ou orzamento de feito<sup>115</sup>.

En definitiva, conforme ó ordenamento xurídico vixente poden distinguirse *tres tipos ou supostos de suspensión* dos efectos de licencias ou ordes de execución:

1º. Suspensión pola propia entidade local que outorgou a licenza ou orde de execución, cando o contido das mesmas constituía manifestamente unha infracción urbanística grave (art. 253.1 e 255.2 TRLS de 1992), con traslado directo do acordo de suspensión á xurisdicción contencioso-administrativa para que esta decida, conforme ó art. 118 LXCA ben sobre o levantamento da suspensión ben sobre a anulación da licenza, en tal caso acordarase a paralización das obras en curso de execución e, no seu caso, abrírase o correspondente expediente disciplinario de acordo coa restauración da legalidade urbanística vulnerada.

2º. Suspensión pola CA como medida preventiva ou cautelar, sempre que non comporte un control de legalidade, mentres se tramita un expediente de revisión de oficio destinado a anular-la licenza ou a orde de execución (art. 104 LPC).

3º. Suspensión polos órganos xurisdiccionais contencioso-administrativos con motivo dun recurso que se interpoña, incluído o de lesividade<sup>116</sup> (art. 122 LXCA e art. 7 LPXDFP).

Con todo, o ámbito da disciplina urbanística encóntrase, na actualidade, mergullado nunha crise competencial entre o Estado e as CCAA, derivada da concorrencia de normativas, estatal e autonómica, nesta materia. É neste campo onde deben levarse a cabo as revisións máis importantes; revisións non xa só da lexislación urbanística estatal, senón tamén da propia LBRL de 1985 tanto atendendo a unha definición do contido material da autonomía local como a un modo de defenderse fronte ás leis das CCAA.

Dende un punto de vista competencial, é neste ámbito onde a Administración local exerce a maior parte das súas competencias urbanísticas<sup>117</sup>, ata o extremo de converte-los concellos como últimos residuais controladores que soportan todo o proceso, de forma que para realizar, adecuadamente, a disciplina urbanística se terán en conta tanto a lexislación urbanística como o planeamento urbanístico.


<sup>114</sup> Sobre a base desta doutrina elaborada por inducción sobre a base do art. 1214 do CC, conforme á cal cada parte debe probalo suposto de feito da norma, as consecuencias xurídicas da cal invoca o seu favor, un dos grandes principios da potestade sancionadora da Administración consiste en que a carga da proba lle corresponde á Administración, aplicando o principio de presunción de inocencia (arts. 135 e 137.1 Lei 30/1992) non obstante, a regra da presunción de validez dos actos administrativos derivada do art. 57 da Lei 30/1992.

<sup>115</sup> Cfr. SSTS 14/XII/1987 (Arzdi. 9482), 29/II/1988 (Arzdi. 1500), 13/XI/1990 (Arzdi. 8823), 29/V/1992 (Arzdi. 4302).

<sup>116</sup> Cfr. art. 103.2 LRXPA.

<sup>117</sup> Cfr. BASSOLS COMA, M., "Panorama del Derecho Urbanístico Español", RDU, n.º. 100, 1986, páx. 109. Sinala que "os concellos democráticos (...) lle imprimiron á xestión urbanística un carácter absolutamente novo e impuxéronlles un eficaz control ós procesos de desenvolvemento urbano e, en particular, ás cuestións relacionadas coa disciplina urbanística".

En materia de intervención administrativa na edificación e uso do solo e disciplina urbanística, na miña opinión unha das claves está na necesidade de articular e coordina-las distintas técnicas de "Policía urbanística" (entendendo por tal os mecanismos ou técnicas de disciplina urbanística, postos en mans da Administración, destinados a axustarlles, incluso por medios forzosos, a actividade dos administrados ós intereses xerais urbanísticos) existentes.

Unha coordinación administrativa que o réxime xurídico urbanístico vixente reclama, sobre todo, tendo en conta a ampliación e a relación dos conceptos de orde pública (*principio de seguridade xurídica*) e de urbanismo que se deixa albiscar na ordenación das nosas cidades. Unha conexión e integración que permite falar da existencia dunha auténtica "orde pública urbanística"<sup>118</sup> que debe estar presente en calquera actuación urbanística das distintas administracións públicas que comparten a función pública urbanística. 

<sup>118</sup> E isto, se se entende que cada concepto de orde pública pon en mans da Administración mecanismos de reacción distintos en cada caso, o concepto de orde pública urbanística conta con determinados mecanismos de defensa que, á súa vez, poden integrarse no concepto de Policía urbanística como equivalente á disciplina urbanística.





**NOTAS  
COMENTARIOS** <sup>E</sup>





# Los subdelegados del Gobierno y la nueva organización territorial de las provincias en España

Catedrático de Derecho  
Administrativo

**Eduardo Roca Roca**

## **1. Antecedentes**

### *1.1. Indicación preliminar*

A partir de la publicación de la vigente Constitución española de 1978, se han ido produciendo una serie de reformas en la organización territorial del Estado, como consecuencia de la consolidación de las distintas Comunidades Autónomas, y la transferencia a ellas de un importante número de competencias que antes eran gestionadas por la Administración Central, de forma que los Órganos periféricos del Estado que prestaban los correspondientes fines en las distintas provincias españolas, han perdido sentido, y en algún momento se han producido duplicidades, al transferirse respecto determinadas materias una parte de ellas a la Comunidad Autónoma, y conservando otro sector el Estado, lo que ha venido dando lugar a duplicidades orgánicas en las Comunidades Autónomas pluriprovinciales, al existir Delegados Provinciales tanto de la Comunidad como del Estado.

Esta situación ha dado lugar a una revisión doctrinal y práctica de la estructura periférica de la Administración central, que hasta el momento se centraba en la Provincia como circunscripción territorial para prestación de servicios periféricos del Estado, y la necesidad de reorganizar esta Administración periférica, a cuyo efecto puede recordarse ahora la propuesta que la doctrina ha venido haciendo sobre la "Administración única". En el momento actual el Gobierno se encuentra elaborando diversas disposiciones entre las que debe destacarse el Proyecto de Ley de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, en la cual y entre otros aspectos, se regula la Administración General del Estado de una parte y de otra los Órganos territoriales del mismo, distinguiendo los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y los Subdelegados del Gobierno en las Provincias e Islas, de tal forma que estos vendrán a sustituir a los antiguos Gobernadores Civiles de Provincia, y la nueva denominación que se utiliza por el Proyecto de Ley es la que nos mueve a escribir las presentes líneas, recordando la importancia histórica que ha tenido la figura del Gobernador Civil, dentro de la organización periférica del Estado, ocupando un destacado protagonismo durante cerca de siglo y medio.

La reflexión que pretendemos realizar, examinará la evolución histórica de la figura del Gobernador dentro de la circunscripción territorial que venimos conociendo con el nombre de Provincia desde comienzos del siglo XIX.

### *1.2. Los precedentes de la división territorial española*

Hasta el siglo XVIII existieron diversas divisiones territoriales en España, que se unifican en 1718 en 31 Intendencias, a cuyo frente y como Delegado del poder central figuraba un Intendente.

José Bonaparte dividió España por Decreto de 17 de Abril de 1810, en 38 Prefecturas, a cuyo frente situaba un Prefecto, y 111 Subprefecturas en que se subdividían las anteriores y gobernadas por Subprefectos.

Era necesaria una división territorial, para el más adecuado gobierno de la Península y sus Archipiélagos, nombrando a un representante de la Administración central en cada una de estas circunscripciones territoriales, para ello tomó como modelo la división realizada en Francia por Napoleón Bonaparte, bajo la denominación de Prefecturas a cuyo frente se situaba al Prefecto, si bien las divisiones referidas tienen una extensión inferior a la división prefectural española, siendo curioso des-

taçar que tanto la división territorial francesa, como la denominación de su Órgano rector se han mantenido desde su creación, llegando al momento actual, a pesar de las vicisitudes políticas, sociológicas y jurídicas por las que ha pasado el vecino País durante los siglos XIX y XX.

## **2. Las Cortes de Cádiz y los jefes políticos**

La Constitución de Cádiz de 1812 ordenó "una división más conveniente del territorio español por una Ley constitucional luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan" (art. 11), añadiendo más adelante que "el gobierno político de las Provincias residirá en el Jefe Superior, nombrado por el Rey en cada una de ellas", (art. 324).

El manifiesto Real de 4 de Mayo de 1914 abrogó la Constitución de 1812 recuperando la Corona el poder absoluto y, con la misma fecha, extingue los Jefes Políticos y atribuye sus competencias a los Capitanes y Comandantes Generales de las Provincias, declarando paladinamente dicho Real Decreto lo siguiente: "Persuadido de los graves inconvenientes que resultan del establecimiento de Jefes Políticos, he resuelto que dicho empleo quede extinguido, y que desde hoy esté reunido el mando político en los Capitanes y Comandantes Generales de las Provincias, sin perjuicio de proveer en adelante lo que más convenga"; lo que constituye una clara manifestación del autoritarismo, ya que el poder civil existente en las Provincias es encomendado al ejército.

## **3. Reacciones políticas**

Por el Manifiesto Real de 10 de marzo de 1820 se restaura el régimen constitucional de 1812, y, es, precisamente, durante el llamado trienio liberal cuando se intenta la división Provincial para dar cumplimiento al art. 11 de la Constitución; las nuevas divisiones recibieron el nombre de Provincias regidas por el Jefe Político, si bien en algún momento se hace referencia a "Gobierno" y "Gobierno superior político de las Provincias".

Por Decreto aprobado por las Cortes Extraordinarias en 27 de enero de 1822, se produjo la Primera división Provincial del territorio español, declarando su art. 1 que las Cortes decretaban "con calidad provisional la división" del territorio nacional en las provincias que se indicaban y cuya demarcación aparece en el Anexo que se une a dicho Decreto de las Cortes Extraordinarias, volviendo a aparecer la figura del Jefe Político como Autoridad Superior de la Provincia.

Poco duradera fue esta división, pues no llegó a materializarse, pues el Manifiesto Regio de 1 de Octubre de 1823 declaró nulo todo lo hecho en el bienio liberal, retornando el País al absolutismo, si bien dicho Manifiesto conserva la denominación de "Provincias".

#### **4. La división provincial de Javier de Burgos: el Subdelegado de Fomento**

La definitiva división territorial española se realiza por el granadino, Javier de Burgos, nacido en Motril, y se formaliza por Decreto de 30 de Noviembre de 1833, y con la misma fecha por otros dos Reales Decretos, se crea la figura del Subdelegado Principal de Fomento que es la autoridad superior de la Provincia y se publica la conocida "Instrucción" a los Subdelegados de Fomento que es una de las piezas jurídico-administrativas más importantes del siglo XIX. Curiosamente la división territorial española en provincias y el nombramiento de los Subdelegados Principales de Fomento se produce por Real Decreto, ya que coincide con la época de absolutismo político de Fernando VII; el Decreto de Javier de Burgos preveía que en alguna de las poblaciones principales podrían establecerse "Subdelegados Subalternos").

Se observa que la división provisional del territorio español en provincias fue hecho por un Decreto de las Cortes Extraordinarias, es decir, una Ley emanada del poder legislativo legítimamente constituido, mientras que la Norma que utiliza Javier de Burgos es la de Real Decreto, y se separa el nombramiento de los Subdelegados de Fomento del que realiza la división territorial en Provincias, así por Real Decreto de 23 de Octubre de 1833 se crea en cada una de las Provincias existentes, y de las que se formen en la nueva división territorial, una Autoridad Superior Administrativa con el título de Subdelegado Principal de Fomento, sin perjuicio de la posibilidad de que pudieran establecerse Subdelegados Subalternos en alguna Provincia atendiendo a su extensión.

El mencionado Real Decreto disponía que los Subdelegados Principales y Subalternos "serán escogidos entre las personas dotadas de conocimientos especiales en administración" y ordenaba a Javier de Burgos que "inmediatamente también formaréis y someteréis a mi aprobación soberana una instrucción para los Subdelegados, en que se especificarán sus atribuciones, y se indicarán los medios y reglas convenientes para su acertado desempeño".

Sólo cabe añadir que la división Provincial comprendía 49 Provincias, que han conservado sus denominaciones y límites hasta la actualidad, salvo el desdoble de la Provincia de las Islas Canarias en las provincias de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas realizada durante el Directorio de Primo de Rivera.

La Instrucción a los Subdelegados de Fomento se produce también por Real Decreto y lleva igual fecha que la división territorial en Provincias, es decir, 30 de Noviembre de 1833, y en ella se justifica la existencia de una Autoridad Superior en cada una de ellas "encargado de estudiar las necesidades locales y de socorrerlas él mismo, o de proponer al Gobierno los medios de verificarlo", justificando así el Real Decreto de 23 de Octubre de 1833, que convierte a los antiguos Jefes en Subdelegados de Fomento.

Como antes se ha indicado, es indudable el interés de esta "Instrucción" a los Subdelegados de Fomento, en cuyo estudio no es posible detenerse por la limitación de estas líneas, indicando tan sólo que comprende 19 Capítulos en los que se estudia toda la realidad política, económica y social de la España de comienzos del siglo XIX, desde la agricultura, la industria, el comercio, minería, Ayuntamientos, educación, beneficencia, cultura, etc., teniendo especial interés el Capítulo último, que lleva el número XIX y que contiene las prevenciones generales a los Subdelegados de Fomento en los apartados que se enumeran desde el 65 al 77 inclusive, de gran interés jurídico pues declara que "los Subdelegados de Fomento son empleados de ejecución, y como tales no pueden mandar ni prohibir sino lo que manden y prohiban las leyes, las Reales Ordenes y las Instrucciones del ramo. Para la ejecución de todas estas disposiciones pueden dictar las reglas que estimen convenientes, y todos los empleados administrativos deben conformarse a ellas", lo que destaca y pone de manifiesto el carácter que tiene el Subdelegado de Fomento como máxima autoridad en la Provincia y representante del Gobierno, considerado en su unidad, en la misma, a la vez que insiste la Instrucción en que "hacer bien es la incumbencia esencial, la suma de todas las atribuciones de la Administración. Esta obligación es activa, y no debe reputarse desempeñada con llenar formalidades más o menos importantes, más o menos prolijas... el Subdelegado que por cualquier causa no pueda realizar (el bien que compete a la Administración), debe dar su dimisión, pues de otro modo el Gobierno... se verá en la precisión de retirarle una confianza que no justifica".

## 5. El retorno a los Jefes Políticos

La denominación de Subdelegados de Fomento fue efímera ya que, por Real Decreto de 13 de Mayo de 1834, se denominaron Gobernadores Civiles de Provincia, pero las alternancias de absolutismo y constitucionalismo dió lugar a la aprobación de la Ley de 15 de octubre de 1836, que nuevamente puso en vigor la Ley de Cortes de 3 de Febrero de 1823, relativa al gobierno político de las Provincias que denominaba, como se ha indicado anteriormente, "Jefes Políticos" a los jefes o autoridades superiores de las Provincias, y cuya denominación se mantiene por la Ley de 2 de Abril de 1845, dependiendo los Jefes Políticos del Ministerio de la Gobernación que había sustituido al anterior Ministerio de Fomento.

Por Real Decreto de 29 de Septiembre de 1847, el Ministro de la Gobernación, Patricio de la Escosura, dividió el territorio de la Península en 11 Gobiernos Generales, existiendo en cada uno de ellos un Gobernador Civil general, y en cada Provincia un Gobernador Civil de Provincia, sin perjuicio de nombrar en algunos lugares un Subgobernador Civil. Esta reforma fue más efímera que la anterior y quedó sin efecto seis días después por Real Decreto de 5 de Octubre, sin perjuicio de que un par de meses más tarde el Ministro Sartorius por Real Decreto de 1 de Diciembre de 1847 vuelve a crear la figura de Jefes Políticos Subalternos con la denominación de Jefes de Distrito, Disposición que tuvo también escasa vida pues la Real Orden de 6 de Enero de 1848 modificó la denominación de los Jefes de Distrito por la de Jefes Civiles y el mismo Ministro Sartorius suprime la figura de nuevo por R.D. de 19 de Septiembre de 1849.

## 6. El Gobernador Civil

La consolidación de la figura del Gobernador de Provincia se produce en el R.D. de 28 de Diciembre de 1849, que suscribe el Presidente del Consejo de Ministros, Duque de Valencia, y en cuya Disposición se suprimen las figuras de los Intendentes y Jefes Políticos. El Gobernador es la autoridad civil superior en cada una de las Provincias y representa en su conjunto a la Administración del Estado, salvo en materia económica que se atribuye a un Delegado especial, y por Real Orden del siguiente día 26 de enero de 1850, se aprobó una Instrucción a los Gobernadores, sobre el fomento de los intereses morales, intelectuales y materiales en la Provincia bajo su mando, teniendo en cuenta que el Gobernador Civil representaba al Gobierno en su conjunto.

La citada Instrucción es de gran interés, pues consolida la figura de los Gobernadores Civiles, o Gobernadores de Provincia, y se le encomienda la gestión de todas las funciones que corresponden a la Administración del Estado en el ámbito provincial.

En gran medida la Instrucción a los Gobernadores de Provincia de 26 de enero de 1850 recoge sustancialmente la Instrucción que Javier de Burgos dirigió a los Subdelegados de Fomento en 1833, teniendo la de 1850 una extensión de 101 párrafos o apartados, indicándose en su Exposición de Motivos que "los Gobernadores Civiles pueden grandemente responder a la confianza que S.M. ha depositado en ellos, y tanta menor excusa tendrán si en el cumplimiento de sus cargos se mostrasen remisos, cuanto mayores son los medios con que hoy cuentan para que su acción sea enérgica, pronta y expedita", añadiendo más adelante: "Los Gobernadores Civiles deben tener entendido que la prosperidad o decadencia de las Provincias de su mando, y las gestiones que practiquen para procurar el bien de las mismas será el regulador de su conducta, el criterio a que el Gobierno someterá el desempeño de sus cargos para apreciar sus servicios".

## **7. Consolidación del Gobernador Civil**

Desde 1849 hasta la actualidad, es decir, durante siglo y medio, se conservará la figura del Gobernador de Provincia, Gobernador Civil o Gobernador, como la autoridad civil superior en todas las Provincias españolas, representando al Gobierno y a la Administración Central en su conjunto, y desde tan lejana fecha se les reconoce el uso de insignias, tratamientos y uniforme, de tal manera que la totalidad de las Normas españolas que regulan el régimen provincial, atribuyen al Gobernador "el gobierno de las Provincias... como representante del Gobierno de Su Majestad" como declara la Ley Provincial de 29 de Agosto de 1892, que por primera vez regula con gran meticulosidad el cargo de Gobernador Civil, así como sus atribuciones y deberes, repitiendo lo dispuesto en la Ley Provincial de 20 de agosto de 1870 y se reitera en la Ley de 16 de Diciembre de 1876, que reforma la Ley Provincial antes mencionada.

El mismo sentido tiene el texto de la Ley Provincial articulada por R.D. de 2 de Octubre de 1877, al reiterar que el Gobernador de la Provincia es el Jefe Superior de la Administración en dicho ámbito territorial y representa al Gobierno Central en su conjunto.



Así pues, el Gobernador Civil se consolida y se integra en la realidad administrativa de la segunda mitad del siglo XIX, si bien sus funciones se manifiestan, de una parte como delegado y representante de la Administración Central, y de otra como Órgano en el que culmina la estructura jerárquica de la Administración del Estado en la Provincia, y a su vez como Jefe de la Administración del Estado, así como de la Administración Provincial, y especialmente de la Diputación Provincial, de la que se configura como Presidente a todo lo largo del siglo XIX, y según se observa en la Normativa que hemos citado con anterioridad.

## 8. El Gobernador Civil en el siglo XX

En el siglo actual se conserva igual denominación de Gobernadores Civiles o de Provincia, con parecidas facultades, incluso durante la Dictadura de Primo de Rivera, como puede observarse en el Estatuto Provincial de 20 de Marzo de 1925, que también recoge y sistematiza la anterior Normativa reguladora de los Gobernadores Civiles, dedicándole el Estatuto Provincial un amplio sector de su articulado (concretamente los artículos 31 al 48 inclusive), ordenando que el nombramiento de los Gobernadores Civiles así como su separación se haría por R.D. acordado en Consejo de Ministros y refrendado por el Presidente, requiriéndose para ser nombrado Gobernador Civil ser español, mayor de 30 años y reunir algunas de las condiciones de idoneidad que exigía el Estatuto, bien por razón de haber desempeñado determinados cargos políticos o pertenecer a distintos cuerpos de funcionarios (judicatura, ejército, administración civil con cierta categoría, etc.).

Disponía el Estatuto que los Gobernadores Civiles tendrían a su cargo "el gobierno de las provincias y ejercerán las facultades que en ellos delegue el Gobierno y las que les correspondan por la Constitución y las Leyes como representantes superiores de aquél en el respectivo territorio" (art. 37 del Estatuto).

En la Normativa comienza también a configurarse el Gobernador como mantenedor del orden público y protector de personas y bienes en la provincia, y así se recoge expresamente en el art. 39 del Estatuto Provincial que también lo concibe como Jefe de todas las Fuerzas de Orden Público, salvo las que tengan fuero militar.

El R.D. Ley de 17 de Diciembre de 1925 reforzó políticamente el cargo de Gobernador Civil, atribuyéndole la presidencia, en nombre del Gobierno, de todos los actos a que concurriese en la provincia de su mando, con las limitadas excepciones de aque-

llos supuestos de que exista un representante del Rey, algún Ministro de la Corona o el Capitán General, excluyendo también la presidencia de los actos de índole exclusivamente académica o jurisdiccional.

Similar concepción tienen del Gobernador Civil los Reales Decretos de 12 de Octubre, 14 de Noviembre y 9 de Diciembre de 1927, que suscribe el propio Presidente del Directorio.

La Segunda República española fue proclamada el 14 de Abril de 1931, constituyéndose un Gobierno provisional que en sus primeros días de mandato dictó un importante número de Disposiciones, para adecuarlas a la nueva situación política; en este sentido se dicta el Decreto de 15 de Abril de 1931, en el que se declara que el Gobierno nombrará libremente a los Gobernadores Civiles, sin perjuicio de que más adelante "se fijen por Ley votada en Cortes" los requisitos de aptitud que habrían de tener los Gobernadores Civiles. El citado Decreto conserva inicialmente el cargo con el mismo nombre y justifica el contenido de la Norma en un breve Preámbulo en el que declaraba: "El nuevo Régimen, instaurado por la voluntad del País no encontraría la adhesión comprensiva de sus propósitos y los concursos indispensables para realizar su Programa, que es su deber, si hubiera de encerrarse, al proveer los cargos públicos, en los límites y restricciones de aptitud establecidos por el Poder derribado, bajo cuyo mando se formaron escalafones y clientelas de servidores. Por ello y por la plenitud de poder inherente a la naturaleza del Gobierno y momentos en que se establece, necesita recabar una libertad de designación compensada por el sentimiento de su responsabilidad y el cuidado deseoso de acertar al escoger aptitudes, méritos y entusiasmos no catalogados en casilleros oficiales, pero no menos positivos y valiosos que los que allí se clasificaron".

Durante la Segunda República se mantiene el cargo y la denominación de Gobernador Civil y su carácter de representante y Delegado del Gobierno Central, siendo significativa la Ley de Orden Público de 28 de Julio de 1933, que atribuye importantes competencias en esta materia al Gobernador Civil, así como a los Alcaldes a los que subordina en este ámbito al Gobernador Civil, insistiendo en que esta subordinación "se entiende exclusivamente referida a las cuestiones de orden público, sin que en ningún momento pueda limitar las iniciativas que se derivan de la plena autonomía municipal", de cuya forma los Gobernadores asumen el ejercicio de la autoridad gubernativa en todo el territorio de sus respectivas provincias a los efectos de conservación y mantenimiento del orden público y atribuyéndole los medios que se relacionan en la Ley.

## 9. El franquismo

En los primeros días de la contienda Civil, iniciada el 18 de Julio de 1936, por Bando de 28 de Julio de 1936 se declara el Estado de Guerra, con la atribución correspondiente de poderes a las Autoridades Militares, si bien la Junta de Defensa Nacional, tras ratificar dicha declaración, reconoce la subsistencia de los Gobernadores Civiles de Provincia, produciéndose una curiosa Disposición en el Decreto de 27 de Julio de 1936, el cual destituye a partir del día 19 de Julio a todos los Gobernadores Civiles que ejercieren dicho cometido en la citada fecha; por Orden de 3 de agosto de 1936 se dictan Normas estimando que se había normalizado la vida en las Provincias ocupadas ordenando que la Administración funcionase debidamente.

El Decreto de 24 de Junio de 1938 (todavía en plena guerra fratricida) reiteraba el carácter y cometido de los Gobernadores Civiles (a los que se añadiría una fuerte carga política al atribuirle simultáneamente el carácter de "Jefe Provincial del Movimiento").

La Ley de 2 de Octubre de 1936 que se dicta con el número 1, estructura el Estado creando la Junta Técnica del Estado y, tras reconocer la existencia de los Gobernadores Civiles, se produce la Norma de 5 de Octubre de 1936 que dicta las oportunas para el funcionamiento de la mencionada Junta Técnica.

La figura del Gobernador se recoge en la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de Julio de 1945, articulada por la Ley de Régimen Local de 1950, y su Texto Refundido de 24 de Junio de 1955, que disponía lo siguiente: "El Gobernador Civil ejercerá en la Provincia las facultades que le delegue el Gobierno y las que le correspondan con arreglo a las leyes, como representante superior del Poder Central en el respectivo territorio" (art. 260 y ss. de la Ley citada). De otra parte el art. 165 del Reglamento de Organización, funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de Mayo de 1952, declaraba que el Gobernador Civil ostentaba la calidad de "Delegado del Gobierno y representante superior del Poder Central", con las atribuciones y facultades a que se refiere la Ley de Régimen Local y Legislación complementaria.

Por Decreto de 10 de octubre de 1958 se aprobó el "Estatuto de Gobernadores Civiles" en cuyo preámbulo se recuerda el carácter del cargo, sus antecedentes y en especial se reitera su denominación como "Gobernador Civil", y se le define como el representante y delegado permanente del Gobierno en la Provincia y la Primera autoridad de la misma, y se produce la des-

vinculación de la Normativa reguladora del Régimen Local, que desde las Leyes Locales del siglo pasado regulaban la figura del Jefe Político, Jefes Superiores, Subdelegados de Fomento, etc., dentro del ámbito de la Administración Local, y, concretamente, como una pieza esencial de la organización provincial. A partir del Estatuto de Gobernadores Civiles de 1958, se produce, pues, la separación formal, y se acentúa el carácter del Gobernador Civil como Delegado del Gobierno en la Provincia y Primera Autoridad de la misma, destacando las funciones relativas a la conservación y mantenimiento del Orden Público, a la vez que se pone de manifiesto la paulatina creación de distintas Delegaciones de los Ministerios, atendiendo la especialidad de las funciones que debían ser cumplidas por dichos Delegados, y que difícilmente podían asumir los Gobernadores Civiles.

### **10. Del posfranquismo a la Constitución de 1978**

La denominación de Gobernador Civil, y su carácter de representante y delegado del Gobierno en la Provincia, se mantiene durante el período anterior a la vigente Constitución de 1978, y continúa aplicándose el anterior Estatuto de Gobernadores Civiles de 10 de Octubre de 1958, en cuanto el mismo era compatible con el Texto Constitucional, siendo derogado el citado Decreto de 1958, por el R.D. 3.117/1980 de 22 de Diciembre, que regula el nuevo Estatuto de los Gobernadores Civiles, conservando su denominación tradicional y los concibe como los representantes permanentes del Gobierno de la Nación en la provincia y primera autoridad de la Administración Civil del Estado en la misma. Es destacable el fenómeno, al que más adelante aludiremos, de las transferencias de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas, lo que supone la consiguiente pérdida de atribuciones de los Gobernadores Civiles, en los que se acentúa su papel de conservadores del orden público y tuteladores de los derechos y libertades de los ciudadanos, sin perjuicio de su carácter de representante permanente del Gobierno de la Nación en la Provincia.

Como es sabido, son muy escuetas las Normas Constitucionales de 1978, en relación con la Provincia, sin que haga ninguna mención a la Autoridad que se encontraba a su frente. Sin embargo, se mantiene la denominación de Gobernador Civil en el nuevo Estatuto de 1980, porque la figura se había integrado perfectamente en su evolución durante 150 años, y al margen de su cargo y significación política.

## **11. El Gobernador General y el Delegado del Gobierno en las comunidades autónomas**

En los inicios del Primer Gobierno de la democracia, la UCD había estimado conveniente realizar el desarrollo del art. 154 de la Constitución, según el cual “un delegado nombrado por el Gobierno dirigirá la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma y la coordinará, cuando proceda, con la administración propia de la Comunidad”, y cuyo desarrollo se produjo por R.D. de 10 de octubre de 1980 indicando que dicho delegado recibiría la denominación de “Gobernador General”, con las atribuciones a que se refería la Constitución y ostentando la más alta representación del Gobierno en la Comunidad Autónoma (obsérvese que la palabra “delegado” figura con minúscula en el Texto Constitucional, lo cual significa que la Alta Ley no condicionaba la denominación, ni la imponía, quedando abierta la forma en que se denominaría a este “delegado”).

El rango formal de la Norma como Decreto, y la denominación de Gobernador General, fue objeto de duras críticas, tanto por la oposición como por parte de los nacionalistas, de tal forma que el primer Gobierno Socialista llevó a las Cortes la modificación de la Normativa siendo aprobada la Ley 17/83, de 16 de Noviembre, por la que se modificó la denominación de “Gobernador General” por la de “Delegado del Gobierno”, manteniendo en esencia su carácter de representante del Gobierno en la Comunidad Autónoma, con autoridad sobre todos los Órganos de la Administración Civil del Estado, así como sobre los Gobernadores Civiles existentes en el territorio de la Comunidad Autónoma.

## **12. Los Subdelegados del Gobierno en la próxima normativa**

El Anteproyecto de Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado que el actual Gobierno ha remitido a las Cortes, regula los Órganos territoriales de la Administración del Estado distinguiendo los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas de los Subdelegados del Gobierno en las Provincias e Islas, de tal forma que refuerza la figura del Delegado en la Comunidad y se produce un debilitamiento, no sólo de la figura, sino también de las competencias del Subdelegado del Gobierno, y de forma especial el Subdelegado deja de ser el representante permanente del Go-

bierno de la Nación en la Provincia, a la vez que pierde la condición de Primera Autoridad civil del Estado en la misma, sin olvidar que atribuir el nombramiento de los Subdelegados en las Provincias al Delegado en la Comunidad Autónoma, es una mera formalidad, ya que se exige la previa aprobación de los Ministros de Administraciones Públicas y del Interior, por lo que el Delegado solamente se limita a firmar un nombramiento pero no a hacerlo materialmente.

En definitiva, el Proyecto de Ley rompe una larga y consolidada tradición jurídica española, al suprimir los Gobernadores Civiles, sin que sea bastante para justificar la nueva denominación, recordar los Subdelegados de Fomento creados por Javier de Burgos en 1833, pues, como ya hemos visto, sólo existieron hasta 1849, es decir, hay una corta tradición de dieciséis años de Subdelegados, frente a siglo y medio de Gobernadores.

Tan larga tradición de los Gobernadores Civiles, y la necesidad de que representen a la Administración en la respectiva Provincia, especialmente en las extensas Comunidades Autónomas pluriprovinciales existentes, como son las de Castilla-La Mancha, Castilla-León o Andalucía, por ejemplo, aconseja y avala que se conserve una figura y su denominación, que se ha mantenido a través de los avatares políticos de la segunda mitad del siglo XIX y durante el siglo actual, a través de la Monarquía, del constitucionalismo, de la Primera República, de la Democracia, de la Dictadura de Primo de Rivera, de la Segunda República, del Franquismo, y durante cerca de veinte años a partir de la Constitución de 1978.


Creo que para muchos administrativistas y, en especial, a quienes nos hemos dedicado al estudio de la Administración española durante el siglo XIX nos resultaría penoso que el Gobernador Civil naufragara a los ciento cincuenta años de existencia, reconvirtiéndose en Subdelegado con una representación administrativa (y si se quiere, política) que se ha adelgazado de tal forma que acabaremos perdiéndola de vista.

No se trata sólo de que desaparezca la denominación histórica de Gobernador Civil en la Administración periférica española. El problema es de mayor gravedad, pues la reforma que contempla el Proyecto de Ley ha de ser examinada en una doble perspectiva: la Uniformidad y la concentración.

Desde el punto de vista de la Uniformidad, supone una quiebra de la variedad en la organización que reclama la pluralidad y la variedad de las Comunidades Autónomas, pues siete tienen carácter uniprovincial, y no tendría sentido duplicar la organización administrativa Delegado del Gobierno-Subdelegado, del

Delegado del Gobierno. Así lo entiende la Ley vigente que atribuye las funciones del Gobernador Civil al Delegado del Gobierno con sede en la Capital de la Comunidad Autónoma. Tampoco puede olvidarse que alguna Comunidad Autónoma (como Andalucía), ha transformado al Delegado de la Consejería de Gobernación en Delegado Provincial del Gobierno Autónomo, lo que producirá el equívoco planteamiento de "Delegado de la Comunidad Autónoma" en la provincia, frente a "Subdelegado del Gobierno Central" en la misma provincia.

En segundo lugar, el Anteproyecto de Ley, supone una dura y fuerte concentración de atribuciones y competencias en el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, a costa de los Gobernadores Civiles que pueden quedar reducidos, más que a Subdelegados a simples Subalternos del Delegado del Gobierno. No se trata de un mero fenómeno de "concentración" de poder político y administrativo en el Delegado del Gobierno, sino un grave problema, distanciamiento de la gestión de la Administración central en este tipo de Comunidades Autónomas en la que pueden quebrar los principios de desconcentración y eficacia, que siempre son compatibles con el de jerarquía.

No se trata de un problema de nombre, y que el "Gobernador" se denomine "Subdelegado", sino que con olvido del pasado se difumine la Administración del Estado en la Provincia, produciéndose un auténtico "quiebro", no ya a la tradición histórica del nombre, sino a las necesidades reales que debe atender la Administración. 

# A nova Lei de contratos das administracións públicas e a súa incidencia no modelo de xestión do gasto público

Inspector de Finanzas  
do Estado

Ángel Rodríguez Blanco

## 1. Introducción

Dentro do modelo de xestión do Gasto Público, a Lei de contratos do Estado, instrumento legal que sustenta unha ampla normativa de desenvolvemento, é un dos seus piares fundamentais. Firmemente articulada coa lexislación financeira, que no Estado vertebra a Lei xeral orzamentaria, esa unión permite xestionar a maior parte do capítulo II do orzamento de gastos e a integridade do capítulo VI, que só no subsector Estado supuxo para 1995 un volume en torno a 1 billón 400 mil millóns de pesetas. A conexión comentada reflíctese ademais en que o antecedente inmediato, tanto da vixente Lei xeral orzamentaria como do recentemente derogado Texto articulado da Lei de contratos do Estado, aprobado polo Decreto 923/1965, era a Lei de administración e contabilidade da facenda pública do 1 de xullo de 1911.



Resulta evidente polo tanto, a transcendencia que calquera variación no modelo pode orixinar e nese sentido a promulgación da Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas converteuse nunha norma destacada tanto para os especialistas en dereito administrativo e funcionarios que a van aplicar, como para a opinión pública en xeral.

O presente traballo, que se presenta a este encontro sobre "Gasto Público e Democracia" non pretende ser un estudio pormenorizado da nova lei, que requiriría un manual, nin tampouco un traballo detallado sobre algún aspecto da mesma, pretende, dada a finalidade destas xornadas, un duplo obxectivo:

1°. Achegarlle a un auditorio ilustrado, aínda que non especializado na materia, unha temática de crecente relevancia social.

2°. Servirles de instrumento de reflexión e polémica a aqueles estamentos directamente afectados pola lei, moi especialmente dentro das administracións públicas.

Para a súa consecución o relatorio divídese en dúas partes claramente diferenciadas:

■ Na primeira, faise unha análise das críticas máis importantes que lle dirixiron ó vello modelo contractual e as razóns que as motivaron.

■ Na segunda, estúdase a incidencia que a nova Lei 13/1995 pode ter sobre eses aspectos.

A través da metodoloxía exposta fórmulanse, sen intención de exhaustividade, algúns dos problemas máis característicos do sistema ata agora vixente e a través da análise comparativa aprofundaremos en moitas das novidades da recente lei.

Convén, para concluír esta introducción, facer tres precisións de importancia:

*Primeira:* Que a presente lei se articula como de contratos das administracións públicas, directamente aplicable polo tanto non só á Administración xeral do Estado, senón ás comunidades autónomas e á Administración local. Neste sentido convén sinalala importancia crecente da contía de gasto xestionado por estas administracións. Ademais, a súa disposición final primeira establece o carácter de lexislación básica e non básica aplicable ás comunidades autónomas.

*Segunda:* a disposición transitoria primeira da Lei 13/1995 supón na práctica a existencia dun réxime transitorio de aplicación da antiga lei en coexistencia coa nova. Así:

■ A anterior lexislación de contratos do Estado continuarase aplicando para os contratos adxudicados durante a súa vixencia.

■ A Lei 13/1995 aplícaselles ós contratos que se adxudiquen a partir da súa entrada en vigor.

*Terceira:* Con base na disposición derogatoria única da nova lei, pódese afirmar que unha parte importante da lexislación contractual de desenvolvemento segue en vigor, aplicándose, en tanto en canto non se lle opoña á citada Lei 13/1995. Isto é especialmente significativo para o Regulamento xeral de contratación<sup>1</sup>.

## **2. Críticas ó modelo do texto articulado da Lei de Contratos do Estado**

Poderíase falar xenericamente de tres grandes críticas ou grupos de críticas ó anterior modelo de contratos do Estado:

■ O primeiro refírese a un excesivo burocratismo, á falta de axilidade administrativa, en resumo, criticábase un procedemento de xestión contractual complexo, con excesivos trámites, a razón de ser do cal non é comprendida nin polos contratistas, nin polos funcionarios non especializados e políticos, responsables da xestión do gasto.

■ O segundo bloque de críticas, que tivo unha especial relevancia no período máis recente, refírese á falta de transparencia, especialmente no procedemento de adxudicación, que se lle trasladou á opinión pública, baixo a imaxe de que o modelo contractual está profundamente influído pola discrecionalidade.

■ O terceiro grupo de argumentos, máis doutrinal, máis especializado, tende a censura-lo papel preeminente das administracións públicas no proceso, é dicir, as denominadas prerrogativas da Administración. Intimamente relacionada con esa percepción dun órgano de contratación dominante, aparece a imaxe de atraso no pagamento e a dificultade para conseguir unha compensación vía intereses de demora.

A continuación, imos analiza-las causas que puideron motivar esas valoracións do sistema, o que permitirá posteriormente avalia-las modificacións introducidas pola Lei 13/1995.

### **2.1. Excesiva burocratización nos procedementos**

Xenericamente formulada, a crítica é inxusta. Calquera procedemento contractual de certa envergadura, tamén no sector privado, esixe uns requisitos mínimos. Así, para un contrato de obras:

- Proxecto
- Supervisión do mesmo.

<sup>1</sup> Desde a primitiva elaboración do relatorio indicado promulgáronse novas normas na materia, que se ben non varían a valoración global do traballo, si deben indicarse para efectos informativos.

■ Lei 9/1996, do 15 de xaneiro. A súa disposición adicional primeira modifica parcialmente os artigos 20, 21 e 34 da Lei 13/1995.

■ Real decreto 390/1996, do 1 de marzo, de desenvolvemento parcial da Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas.

■ Orde do Ministerio de Economía e Facenda, do 11 de abril de 1996, pola que se fan públicos o contravalor en pesetas do ECU e os límites dos distintos tipos de contratos para efectos da contratación administrativa para o período 1996-1997.

■ Lei 11/1996, do 27 de decembro, de medidas de disciplina orzamentaria. Modifica os arts. 73 e 146.4 da Lei 13/1995.

■ Lei 13/1996, do 30 de decembro, de medidas fiscais administrativas e de orde social. Modifica os artigos 3, 37.4, 48.5 e 84.5 da Lei 13/1995. Regúlanse os contratos de obra baixo a modalidade de aboamento total do prezo (art. 147).

- Trazado de planta previo da obra
- Esquema ou borrador do negocio xurídico para contratar. No modelo público, prego de cláusulas administrativas particulares.
- Atribución de fondos. No Estado, documento de retención de crédito (RC)
- Supervisión previa final do expediente. O equivalente sería a actuación do órgano fiscalizador.
- Aprobación formal pola autoridade competente.

En canto ó proceso de licitación, ningunha organización contrataría cun terceiro a un certo nivel sen esixir da outra parte:

- Os datos sobre a súa capacidade e personalidade xurídica.
- A súa situación con Facenda e a Seguridade Social.
- Datos de solvencia económica, financeira e técnica.

Basicamente e coas particularidades propias do seu carácter público, iso é o que fai o Estado. Agora ben, a crítica expresada non é gratuíta, susténtase sobre uns fundamentos reais, que quizais se magnificaron, pero que se deben comentar:

■ En primeiro lugar, unha mala regulación dos contratos de pequena contía. O exposto anteriormente pode resultar inobxectable para operacións dun certo tamaño, pero non para contratos de escaso volume. Tradicionalmente a Lei de contratos do Estado só tratou con especial axilidade a "subministración menor" (art. 86 LCE), entendendo por tal "*aqueles que se refiren a bens consumibles ou de fácil estrago, o importe total dos cales non exceda de ...*" unha primitiva cifra de 100.000 PTA, elevada a 250.000 PTA pola Lei 46/1985 (disp. adic. 26) e máis recentemente pola Lei 4/1990, que a elevou a 500.000 PTA. Igualmente, debe mencionarse a figura do contrato menor tamén con límite de 500.000 PTA, creada mediante nova redacción do art. 13 do Decreto 1005/1974 introducida polo Real decreto 52/91, do 25 de xaneiro. Un certo tratamento máis flexible establecíase tamén para as obras de conservación e reparacións menores de 2.500.000 PTA que reducían o volume do proxecto a tan só o "orçamento das obras" (art. 70 RCE)<sup>2</sup>.

O exposto ten grande importancia, xa que na xestión cotiá da Administración, a maior parte dos gastos de funcionamento presentan baixas contías, que no momento que superaban as cifras reseñadas, esixían a súa tramitación por procedementos ordinarios.

■ Outra causa determinante desa imaxe de lentitude e pouca axilidade viña dada pola especial regulación do Decreto 1005/1974, que regulaba os contratos de asistencia da Admi-

#### <sup>2</sup> ABREVIATURAS:

LCE: Lei de contratos do Estado. Refírese ó Decreto 923/1965 que aproba o seu texto articulado coas sucesivas modificacións.

RCE: Regulamento de contratos do Estado. Refírese ó Decreto 3.410/1975, do 25 de novembro, que aproba o Regulamento xeral de contratación do Estado.

LRXPC: Lei 30/1992, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

LCAP: Lei 13/1995, de contratos das administracións públicas.

nistración do Estado e os seus OAAA con empresas consultoras e de servicios.

O seu artigo 5 establecía: *"Os contratos de asistencia non terán un prazo de vixencia superior a un ano, se ben se poderá preve-la súa modificación e a súa prórroga, por mutuo acordo das partes, antes de finalizar aquel."*

Na práctica, isto orixinaba que moitos contratos de limpeza, seguridade, mantemento, etc., bastantes veces de contías pouco significativas, se renovasen anualmente, cun grande custo de dedicación para os servicios administrativos e escasa utilidade en termos de eficacia ou redución de prezos. Ademais, esta problemática ía unida con frecuencia á utilización do mecanismo da Orde do 24 de febreiro de 1983 sobre tramitación anticipada de gastos.

■ Outra fonte de problemas, estivo na tramitación dos denominados "modificados" ou "reformados", conceptos vinculados fundamentalmente ó contrato de obras. A súa especial problemática podería orixinar un relatorio específico dedicado a este tema, pero sinteticamente esta sería:

■ Utilización excesiva dunha figura en principio excepcional e non sempre fundamentada segundo o art. 149 do Regulamento de contratos do Estado, *"consecuencia de necesidades novas ou de causas técnicas imprevistas ó tempo de elabora-lo proxecto"*. A proliferación desta figura achacóuselle en ocasiónes á necesidade de incrementa-lo orzamento final da obra, ante unha adxudicación demasiado aventurada.

■ A súa tramitación esixía, case os mesmos pasos que o contrato primitivo:

- ┆ Proposta de modificación do proxecto, con xustificación técnica e documental.
- ┆ Audiencia do contratista.
- ┆ Informe da oficina de supervisión.
- ┆ Informe do servicio xurídico.
- ┆ Fiscalización previa do expediente.
- ┆ Acordo de modificación.
- ┆ Formalización en documento administrativo.

Podía ademais existir suspensión temporal, parcial ou total da obra. Agora ben, esta posibilidade do art. 61 do Prego de cláusulas xerais para a contratación de obras do Estado non se adoitaba cumprir todo o que debería; a obra seguía mentres se tramitaba a modificación, podían xurdir restricións orzamentarias, faltaba crédito para a aprobación do maior gasto, o expediente detíñase ata o exercicio seguinte, a obra concluíase e ás veces o

modificado estaba sen formalizar; en consecuencia, atraso nos pagamentos, na recepción e na liquidación.

■ Por último, a sensación de lentitude, inútil papelame e burocracia, veu motivada polos propios erros da Administración na aplicación da norma. A tipoloxía en canto a erros humanos é amplísima, pero con carácter xeral, poderíase citar pola súa importancia a repetición mecánica dos pregos de cláusulas administrativas particulares, moitas veces sen depurar e que a través do seu conxunto de cláusulas presentan esixencias perfectamente legais, pero anacrónicas ou que amplían innecesariamente requisitos. A título de exemplo:

■ Era frecuente que se esixise que as garantías provisionais se xustificasen mediante resguardo do ingreso na Caixa Xeral de Depósitos. O Regulamento de contratos do Estado prescribía para valores ou metálico (arts. 340 e 344 RCE) pero non para o aval, que é a forma máis frecuente de fianza (art. 345 RCE).

■ Tampouco é habitual, utilizar nos pregos de cláusulas administrativas particulares a posibilidade de dispensa-la fianza provisional, unha vez obtida determinada clasificación. (art. 341 RCE, R.D. 1883/1979)

■ Nalgúns pregos esíxese declaración expresa de cumprimento das obrigas laborais polos licitadores, certificado de cualificación empresarial para expedir pola Comunidade Autónoma, declaración expresa de non estar afectado pola normativa de incompatibilidades, etc.

## *2.2. Falta de transparencia nos procedementos de adxudicación*

Para os últimos anos, unha análise das cifras dispoñibles pon de manifesto un incremento notable dos sistemas de adxudicación que incluían factores de discrecionalidade (concurso e contratación directa), fronte ós plenamente obxectivos da poxa e ata 1986 do concurso - poxa.

Os cadros que a continuación se expoñen están elaborados a partir dos datos proporcionados polas memorias da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa que se obteñen do Rexistro de Contratos dependente desta. Debe precisarse para efectos de avalía-la información, que este rexistro non reflicte os contratos inferiores a 5.000.000 PTA, onde predominou como mecanismo de adxudicación, a contratación directa. Os estados exprésanse en porcentaxes, evitando así a comparación entre cifras pouco homoxéneas tanto pola inflación como polo crecemento constante do gasto público.

Por último, a elección dos anos analizados responde a fitos de certa importancia:

- 1983: É o primeiro ano xestionado pola nova Administración.
- 1986: Entra en vigor o Real decreto legislativo 931/1986 que modificou a Lei de contratos do Estado para adecualo ó ordenamento xurídico comunitario.
- 1990: A Lei 4/1990 de orzamentos xerais do Estado para 1990 introduce notables modificacións na Lei de contratos do Estado.
- 1992: Último exercicio do que se dispón información publicada pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa.

**Evolución dos sistemas de adjudicación en porcentaxes sobre contía**

<b>Cadro 1 Contratos de obras</b>				
	1983	1986	1990	1992
	%	%	%	%
Poxa	6,7	26,3	19,5	7,8
Concurso - Poxa	55,1	15,5	-	-
Concurso	17,3	37	53,5	59,4
Contratación directa	20,9	21,2	27	32,8
<b>Total</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

<b>Cadro 2 Contratos de subministracións</b>				
	1983	1986	1990	1992
	%	%	%	%
Concurso	49,5	31,6	20	30
Contratación directa	50,5	68,4	80	70
<b>Total</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

<b>Cadro 3 Outros contratos (Servicios)</b>				
	1983	1986	1990	1992
	%	%	%	%
Concurso	20	32,3	49	54
Contratación directa	80	67,7	51	46
<b>Total</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>	<b>100%</b>

Cadro 4  
Análise do volume de contratación de cada tipo de contrato sobre o total

	1983 %	1986 %	1990 %	1992 %
Obras s/ total contratación	67,2	63,8	69,5	47,0
Subministracións s/ total contratación	26,0	28,1	22,7	35,6
Servicios s/ total contratación	6,8	8,1	7,7	17,4
Total	100%	100%	100%	100%

Os datos recollidos poñen de manifesto:

1°. Que para o contrato de obras, o máis importante cuantitativamente, mentres en 1983, os procedementos de adjudicación obxectiva, poxa e concurso-poxa, supoñían o 61,8%, estes en 1992, xa tan só poxa, alcanzaba o 7,8%. A caída é gradual e paulativa e correspóndese cun aumento da porcentaxe de obras licitadas mediante concurso. A contratación directa aumenta en menor medida.

2°. En subministracións, onde a poxa é absolutamente marginal e excepcional, os datos desprezáronse e advírtese ata 1990 unha caída constante e notable do concurso en beneficio da contratación directa. Dunha situación de práctica equivalencia en 1983 (49,5-50,5) pásase a un (20-80) en 1990. En 1992 a situación varía lixeiramente a tendencia (30-70).

3°. A evolución, nos contratos de servicios, é inversa á anterior. Diminúe a porcentaxe de contratación directa que pasa dun 80% en 1983 a un 46% en 1992 e aumenta o concurso. Para valorar esta evolución, debe considerarse que o límite para a contratación directa se mantivo en 10 millóns de pesetas desde 1983 a 1992.

4°. Por último, en canto ó peso relativo de cada tipo de contrato sobre o total, o período 1983-1990 é relativamente homoxéneo. En 1992 esta tendencia varía, non tanto polo aumento en termos nominais da contratación de subministracións e servicios, como pola caída na licitación de obra pública.

A evolución descrita non se pode separar dos cambios lexislativos na materia, que fomentaron sen dúbida esta tendencia. Así:

■ A contratación directa varía durante este período en varias etapas o seu límite cuantitativo desde 5 millóns de pesetas a 50 millóns (art. 14 Lei 4/1990). Esta cifra elévase a 75 millóns de pesetas trala autorización do Consello de Ministros e publi-

cidade en boletíns oficiais (art. 13 Lei 4/1990). Isto para o contrato de obras, comportamento similar produciuse para os outros tipos de contratos.

■ A tendencia paulatina cara á utilización do concurso adquiriu a súa consagración normativa coa modificación do art. 28 da Lei de contratos do Estado por Lei 4/1990 de orzamentos xerais do Estado, variando a redacción do R.D. legislativo 931/1986. Vexamos:

*Redacción antiga:* "Os órganos de contratación utilizarán normalmente a poxa como forma de adxudicación. O concurso e a contratación directa só procederá nos casos determinados na presente lei".

*Redacción modificada:* "Os órganos de contratación utilizarán normalmente a poxa ou o concurso como formas de adxudicación. A contratación directa só procederá nos casos determinados na presente lei".

A modificación anterior tan sutil como importante, aprobouse no marco da discusión orzamentaria, e pasou absolutamente desapercibida. A utilización do concurso xa non esixía xustificación, como ata entón.

Como consideracións que complementan o exposto debe sinalarse:

a) Que transparencia na licitación non implicaba necesariamente transparencia na adxudicación. O concurso no anterior modelo de contratos do Estado garantía a publicidade e concorrencia na licitación, pero a adxudicación correspondíalle en exclusiva ó órgano de contratación, iso si, debía consideralos criterios recollidos no Prego de cláusulas administrativas particulares (art. 36 LCE e 115 RCE). O papel da Mesa de contratación limitábase "á apertura das proposicións presentadas polos licitadores, elevándollas coa acta e as observacións que estimasen pertinentes, á autoridade que tivese que efectuar a adxudicación do contrato" (art. 36 LCE e 116 do RCE).

b) Existen outras circunstancias, á parte da contía, que poden xustificar a contratación directa (art. 37 LCE e 117 do RCE para obras), se ben esta é a máis importante, tanto cualitativa como cuantitativamente.

Resulta evidente que a tendencia exposta, xustificada pola procura dunha maior axilidade administrativa, conduciu a sistemas cun maior peso da discrecionalidade nas decisións. A discrecionalidade aumenta o risco das conductas fraudulentas se non se establecen mecanismos alternativos de control.



### 2.3. Prerrogativas da Administración

Estas aparecían reguladas fundamentalmente no art. 18 da Lei de contratos do Estado e sobre todo no capítulo IV do título I do libro primeiro do Regulamento xeral de contratación, arts. 50 a 53. Os acordos da Administración, a través do órgano contratante en canto ás súas facultades de interpretación, modificación e resolución dos contratos son inmediatamente executivos. A isto hai que engadi-las capacidades de dirección e inspección na súa execución, "*podéndolle despacha-las instruccións oportunas ó empresario para o fiel cumprimento do convido e incluso verbo da suspensión provisional ou definitiva da prestación*" (art. 52 RCE).

Intimamente unida ás anteriores aparecía a capacidade para esixir-la execución da fianza pola Caixa Xeral de Depósitos e sobre todo aqueles aspectos de legalidade financeira, que sen ser tecnicamente prerrogativas da Administración, condicionan o cumprimento da súa obriga máis importante, o pagamento do prezo pactado. Resulta entón aplicable a Lei xeral orzamentaria ou no seu caso, a lei financeira da correspondente Comunidade Autónoma ou a Lei de facendas locais.

Nesta liña, convén comentar que as administracións públicas teñen sona de pagar mal ou para ser máis preciso, con atraso. Os contratistas teñen a súa parte de razón, pero non sempre. Centrándonos exclusivamente na Administración do Estado e sen vocación de exhaustividade, cabe afirmar que se adoitan incluír no mesmo bloque de causas:

a. A falta de pagamento dunha obra, subministración ou servizo, que os contratistas efectuaron na marxe da normativa contractual e financeira aplicable. É esta unha prestación dificilmente esixible ó Estado a non ser por vía xudicial ou administrativa (título X da Lei 30/1992. A Administración como responsable dos danos causados polas autoridades ou o persoal ó seu servizo). De mediar conformidade por parte do órgano contratante, sempre se pode reelabora-lo expediente e acudir á técnica impropriamente denominada de "validación" (art. 32 R.D. 2188/ 1995), mediante decisión do Consello de Ministros.

b. Os atrasos na revisión dos prezos, ó dilatarse a publicación dos índices aplicables ás fórmulas tipo do Real decreto 3.650/1970.

c. A tardanza no pagamento porque o contratista non cumpriu satisfactoriamente a prestación pactada (art. 43 LGP, 47 e 91 de a LCE).

d. Os atrasos efectivamente causados pola Administración como consecuencia dunha deficiente tramitación ou en me-

nor medida por problemas de Tesourería. Sería neste epígrafe onde se podería falar realmente de dereito a esixi-lo xuro de mora, e resultaría entón aplicable segundo os casos, o art. 47 da Lei de contratos do Estado para as certificacións de obra, o art. 91 da mesma lei para as subministracións, o art. 172 do Regulamento de contratos do Estado para as liquidacións provisionais de obras e o art. 176 do dito texto legal para a liquidación final ou definitiva. En todos estes supostos danse con carácter común dous requisitos:

1. Necesidade de intimarlle por escrito á Administración que aboe o xuro de mora.
2. Prazo mínimo de tres meses, para o cumprimento da obriga de pagamento principal, que se pode elevar a 6 meses para a liquidación definitiva e a 9 meses para a provisional.

Fronte á imaxe descrita, a nivel xeral adoita descoñecerse, que a Administración veu anticipando, co aval pertinente, partes importantes do prezo dos contratos mediante os denominados anticipos por instalacións e provisión de materiais ou equipos de maquinaria pesada (art. 143 RCE, cláusulas 54 e ss. do Prego xeral de obras do Estado).

Analizada a problemática exposta, que condiciona a valoración global que a opinión pública parece ter sobre a normativa contractual do Estado, corresponde agora estudar en qué medida a nova Lei 13/1995, de contratos das administracións públicas incide sobre os diversos aspectos comentados.

### **3. Situación trala Lei 13/1995 de contratos das administracións públicas**

Como se sinalou na introducción, este epígrafe non pretende desenvolver unha análise detallada e sistemática da nova norma, senón tan só resaltar aquelas novidades que inciden na problemática exposta e que teñen unha importancia relevante na aplicación cotiá da mesma.

#### *3.1. Simplificación dos procedementos*

Como se indica na súa exposición de motivos, é este un dos obxectivos fundamentais que pretende conseguir a nova lei. Sobre el caben formula-los seguintes comentarios:

*Primeiro:* No esencial, o modelo de xestión dos denominados contratos típicos (obras, subministracións e xestión de servizos públicos) non varía, como non podía ser doutra maneira, manténdose os fitos fundamentais do procedemento. As mo-

dificacións principais veñen dadas pola necesaria adaptación ás directivas comunitarias 92/50/CEE para contratos de servizos, 93/36/CEE para subministracións e 93/37/CEE para obras. Os cambios aféctanlles ós procedementos e formas de adxudicación, nun triple sentido:

a. Cambios semánticos non transcendentos. Como exemplos rechamantes: hai unha certa equivalencia entre os termos procedemento negociado e a vella contratación directa, a consideración como contrato de obras da concesión de Obras Públicas, que en canto á explotación da mesma remite ó art. 162, xestión de servizos públicos.

b. Cambios en canto ós prazos de publicidade no *Diario Oficial das Comunidades Europeas*, que aumentan considerablemente. Procedementos abertos: de 36 días (obras) e 42 días (subministracións) a 52 días. Procedementos restrinxidos: de 21 días (obras) e 30 días (subministracións) a 77 días. Ambos en tramitación ordinaria.

c. Desaparición da fórmula da admisión previa na poxa e no concurso, que na práctica deixaran como unha figura escasamente utilizada o procedemento restrinxido. Na redacción xa antiga (art. 34), introducida por o R.D.L. 931/1986, a documentación para a admisión previa presentábase en sobre independente pero asemade co resto da documentación, incluída a proposición económica. A sistemática do procedemento restrinxido, pola contra, distingue claramente dúas etapas, en primeiro lugar a de selección dos participantes con base a criterios obxectivos determinados no prego e só con posterioridade, enviaráselles invitación ós admitidos para que presenten a súa proposición.

Do apuntado anteriormente, dedúcese con claridade, que as modificacións impostas pola normativa comunitaria non contribúen a axiliza-lo procedemento, pola contra, alongan o prazo de resolución.

*Segundo:* Abórdase unha nova concepción dos contratos menores. O art. 57 da nova lei establece: *Nos contratos menores, que se definirán exclusivamente pola súa contía, de conformidade cos artigos 121, 177 e 202, a tramitación do expediente só esixirá a aprobación do gasto e a incorporación ó mesmo da factura correspondente que reúna os requisitos regulamentariamente establecidos e no contrato menor de obras, ademais, o orzamento das obras, sen prexuízo da existencia de proxecto cando normas específicas así o requiran*".

Isto supón que o vello límite das 500.000 pesetas salta polos aires establecéndose en 5 millóns de pesetas para os contratos de obras e 2 millóns de pesetas para as subministracións

e os contratos de consultoría, asistencia e servizos. Non se admite esta categoría para os contratos de traballos específicos concretos e non habituais (art. 202, Lei 13/1995).

Non obstante, esta formulación aparentemente sinxela, presenta bastantes problemas na súa aplicación práctica, a título simplemente indicativo, podemos sinalar:

- Delimitación do termo "*expediente*" (en canto á documentación e requisitos esixibles), para efectos do art. 57 citado.
- Posible esixencia de Mesa de contratación no procedemento de adxudicación, o que se parece deducir da lectura dos arts. 82 e 93.2 da Lei 13/1995.
- Friccións ou superposicións entre a categoría dos contratos menores e o procedemento negociado sen publicidade por razón da contía nos diversos tipos de contratos [art. 141 f), 183 i) e 211 h)]

Sobre estes temas pronunciáronse xa, tanto a Dirección Xeral do Servizo Xurídico do Estado (Dictame do 19 de xullo de 1995), como a Intervención Xeral da Administración do Estado (Informe do 22 de setembro de 1995). A resolución dos aspectos formulados parece inclinar-se:

- Por interpreta-la palabra "*expediente*" nun sentido amplo, "como conxunto de actuacións que poden chegar, incluso, ata a adxudicación".
- Pola non esixencia de Mesa de contratación para este tipo de contratos.
- Por considera-los contratos menores como unha especialidade simplificada do procedemento negociado sen publicidade.

Non obstante, sobre estas materias aínda non se pronunciou a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa que, considerando o art. 10 da nova lei, é sen lugar a dúbidas o órgano que ha de fixar doutrina. Sen embargo, malia as disquisicións xurídicas expostas, a nova regulación dos contratos menores pode facilita-la xestión dos contratos de pequena contía, axilizando a súa tramitación, ó requiri-lo mínimo de documentación esixible.

*Terceiro:* Unha das grandes novidades da lei, por outro lado inaprazable, tanto por necesidade como por imperativo comunitario, é a incorporación ó contido da mesma da problemática dos contratos de servizos, ata agora contida no Decreto 1005/1974 sobre contratos de asistencia con empresas consultoras e de servizos, así como no R.D. 1465/1985 sobre traballos específicos non habituais. A Lei 13/1995, regula esta materia no título IV, do

libro II, no que se establecen tres tipos de contratos, por razón do seu obxecto:

1. De consultoría e de asistencia.
2. De servizos.
3. Para a realización de traballos específicos e concretos non habituais.

O tratamento normativo desta materia presenta algúns aspectos pouco afortunados:

■ A definición, por delimitación do ámbito obxectivo, dos contratos anteditos achégalle moi pouco á racionalidade do sistema. Así, o art. 197, repite termos similares, incluso idénticos para cada tipo deles. A delimitación do **contrato de servizos** por exclusión, como aqueles “*que non se encontren comprendidos nos contratos de consultoría e de asistencia, traballos específicos e concretos non habituais ou nalgún dos regulados noutros títulos deste libro*”, ou de traballos específicos, como os “*non incluídos nos apartados anteriores*” (consultoría e servizos), é desde o punto de vista de técnica lexislativa censurable.

■ O contrato de traballos específicos e concretos non habituais xa non se define polo seu ámbito subxectivo, non se reserva expresamente a persoa física como na lexislación precedente.

Considerando o argumentado no parágrafo anterior, resulta practicamente imposible sinalalo seu contido.

■ Igualmente, debe destacarse verbo do contrato de elaboración de proxecto de obras a confusión entre os conceptos de indemnizacións e penalizacións.

Neste sentido existe unha crítica doutrinal consistente, destacando o traballo de Silvano Calle Calvo dedicado a esta temática baixo a rúbrica de “*Una compilación deplorable*”.

Non obstante, desde a perspectiva do presente estudio, a elevación do tempo normal de duración do contrato a catro anos, prorrogable ata seis, con excepción dos traballos específicos e concretos non habituais, que se reducen a dous; a introducción dunha posible contratación centralizada; a elevación ata 2 millóns de pesetas do límite dos contratos menores, xa comentada, poderán contribuír a unha maior axilidade na tramitación dos expedientes administrativos.

*Cuarto:* O art. 146 da Lei 13/1995 aborda a modificación do contrato de obras, sen grandes variacións sobre o modelo recollido polo art. 150 e ss do Regulamento xeral de contratación. Créase a figura da Comisión de arbitraje para os prezos contradictorios, que haberá de ser obxecto de regulación regula-

mentaria. O procedemento, aparentemente máis sinxelo, non supón unha redución substancial agás en canto á súa tramitación con carácter de urxencia. En canto ó parágrafo 4 do novo artigo 146, a súa redacción é tan confusa, que en función da interpretación que acabe asumindo a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, pode variar a concepción desta figura<sup>3</sup>.

Cabe subliñar tamén, que no vello modelo os aspectos relativos ás modificacións contractuais xiraban ó redor da regulación do contrato de obras. A nova lei no art. 102 mediante a súa inclusión no libro I, dálle autonomía a esta figura, con independencia das especialidades para cada tipo de contrato.

*Quinto:* Fóra dos aspectos de maior relevancia tratados nos epígrafes anteriores, as modificacións recollidas pola Lei de contratos das administracións públicas, introducen aspectos contradictorios que nuns casos parecen axilizar a tramitación e acurtar prazos, mentres que outras medidas non parecen contribuír a isto. Para efectos simplemente enunciativos podemos mencionar:

**A. Como medidas axilizadoras:**

■ A desaparición da figura da recepción provisional, existindo agora tan só *"un acto formal e positivo de recepción ou conformidade para levar a cabo dentro do mes seguinte de producirse a entrega ou a realización do obxecto do contrato"* (art. 111, Lei 13/1995). Este artigo ha de poñerse en concordancia co 48.4, para efectos de devolución da garantía, de non mediar recepción formal.

■ Simplificación dos proxectos de obras inferiores a 20 millóns de pesetas (art. 124 LCAP). Pendente de desenvolvemento regulamentario.

■ Elevación de 10 a 50 millóns a cifra para incorporar preceptivamente o informe de supervisión de proxectos (art. 128 LCAP).

**B. Medidas que contribúen a dilatar prazos ou introducen confusión:**

■ Na marxe dos incrementos nos prazos de publicación no *Diario Oficial da Comunidade Europea (DOCE)* xa comentado, o prazo mínimo de publicación no *BOE* aumenta para os procedementos abertos de 20 a 26 días e para os restrinxidos a un mínimo de 40 entre as dúas fases.

■ Non se comprende a ruptura (en materia de prazos), do criterio xeral do noso dereito administrativo, no sentido en que se computan os días naturais en lugar dos días hábiles (art. 48 LRJPC e 77 LCAP). Se ben pode xustificarse por im-

<sup>3</sup> A recente Lei 11/1996 variou substancialmente a redacción do artigo 146.4 ó establecer un procedemento que delimita claramente os límites desta especial modificación.

perativo da lexislación comunitaria, isto só debería incidir en canto á publicidade das licitacións.

■ Merece igualmente censura que a lei substitúa os limiares de aplicación das directivas comunitarias expresadas en ECUS polo seu contravalor exacto en pesetas, que haberá de variar periodicamente. (Disposición adicional primeira, Lei 13/1995).

■ Por último as cautelas seguidas nos procedementos de adxudicación contribuirán a incrementa-los prazos de resolución dos expedientes, aspecto este que se desenvolverá no seguinte epígrafe.

### 3.2. *Modificacións nos mecanismos de adxudicación*

Resulta de todos coñecido que nos últimos anos, na vida política e administrativa deste país agromaron diversos escándalos relacionados coa adxudicación de contratos públicos, o que sen dúbida condicionou aspectos da súa regulación na nova lei. Na primeira parte deste traballo púxose de manifesto con cifras e mediante o seguimento das modificacións lexislativas, un proceso que auspiciado polo loable obxectivo de conseguir unha maior axilidade nas decisións, conduciu a mecanismos de adxudicación cun importante contido discrecional. A nova lei rompe esta tendencia a través de diversas medidas, que a continuación se comentarán brevemente:

A. Se ben a poxa e mailo concurso, a través dos procedementos aberto ou restrinxido, continúan como formas normais de adxudicación (art. 76 LCAP), o sistema vai variar substancialmente polo papel que se lle fai xogar á Mesa de contratación. Tal como se comentou, no vello modelo, o papel da Mesa era esencialmente a cualificación da documentación presentada, dando fe en acto público das ofertas presentadas, sendo a máis baixa obxecto de adxudicación provisional na poxa ou limitándose a elervalle as ofertas admitidas ó Órgano de contratación. O art. 82 da nova lei introduce dúas novidades fundamentais:

1<sup>a</sup>. A súa participación en tódolos procedementos e formas de adxudicación, incluíndo o procedemento negociado. Só se exclúe o caso do art. 12.4, onde actúan as xuntas de contratación, órgano colexiado con participación necesaria da asesoría xurídica e a intervención. Igualmente se presenta a dúbida, xa mencionada, sobre a súa aplicabilidade ós contratos menores.

2<sup>a</sup>. A Mesa de contratación formúlalle unha proposta ó órgano de contratación acompañada de cantos informes técnicos considere precisos, se aquel se separa na súa decisión da proposta, haberá de motiva-la súa decisión.

Resulta evidente que este mecanismo, ó facer participar de modo relevante a un órgano colexiado, onde ademais figuran polo menos dous compoñentes con autonomía funcional, incluso orgánica do órgano de contratación, o compoñente discrecional diminúe sensiblemente.

B. Outra novidade, sen dúbida relevante, consiste na drástica redución das contías máximas para utiliza-lo procedemento negociado sen publicidade. Comparando estas coas vixentes para a contratación directa resulta a seguinte comparación:

- Contrato de obras: baixa de 50 millóns a 5 millóns.
- Contrato de subministracións: baixa de 10 millóns a 2 millóns. Para os denominados contratos de fabricación o límite redúcese de 25 a 3 millóns.
- Contrato de asistencia técnica: baixa de 15 a 2 millóns.
- Contrato de traballos específicos: redúcese de 5 a 1 millón.

Como se pode comprobar, a coincidencia destas cifras coas que definen os novos contratos menores, van modifica-lo funcionamento do mecanismo de contratación directa coñecido ata agora, ó despraza-los contratos xestionados así por razón da contía, maioritarios, cara a:

- a. Os contratos menores.
- b. Formas de adxudicación sometidas a publicidade, é dicir, o concurso e maila poxa.

O procedemento negociado sen publicidade vai quedar reservado na práctica para os casos singulares recollidos nas normas: imperiosa urxencia, obras complementarias, contratos declarados secretos ou reservados, etc.

C. Como contrapartida ós aspectos comentados, unha maior seguridade nas decisións de adxudicación, pode resultar contraproducente co obxectivo de simplificación administrativa proposto. Así:

1. A publicidade vai alongar necesariamente o procedemento de adxudicación.
2. A participación determinante da Mesa, aínda que os prazos de decisión se manteñan, pode, facer máis complexo o proceso.
3. A concepción exclusiva do procedemento restrinxido, fronte á antes utilizada da admisión previa, problemática xa comentada, alonga necesariamente os prazos.
4. A redacción do art. 12.2 da nova Lei de contratos das administracións públicas, que varía o criterio do art. 8.2 da antiga lei, ó diferencia-las fases de aprobación e autorización, cando esta lle corresponde ó Consello de Ministros, resulta



contraproducente. Á parte de restarlle seguridade ó sistema, non comentamos aquí a problemática da súa fiscalización, a medida vai orixinar un incremento nos prazos de resolución. Antes, a autorización do Consello de Ministros implicaba a aprobación do gasto, o que agora non sucede, ó existir un requisito máis de certa complexidade, para engadir na tramitación do expediente.

### 3.3. *Modificacións que afectan ás prerrogativas e en xeral á situación de preeminencia da Administración*

O tratamento das prerrogativas da Administración en sentido estricto non ofrece cambios substanciais na nova regulación, se ben algúns aspectos antes desenvolvidos a nivel regulamentario son agora recollidos pola lei. Isto resulta especialmente manifesto en canto á resolución e para os seus efectos ou a invalidez. Sen ánimo de exhaustividade cabe comentar os seguintes aspectos:

*Primeiro:* O art. 60 da Lei de contratos de administracións públicas introduce a novidade do informe preceptivo do Consello de Estado (para os supostos de interpretación, nulidade e resolución), nos casos de oposición por parte do contratista, fóra de calquera límite cuantitativo, 100 millóns sinalaba o art. 18 da antiga Lei de contratos do Estado. Esta nova regulación límitase a recolle-lo exposto polo art. 22.11 da Lei 3/1980 orgánica do Consello de Estado. O precepto parece robustece-la posición do contratista e así é, este en ocasións e para pequenos contratos, sobre todo nos casos de resolución, pode utilizar esta garantía como un mecanismo dilatador dos procesos, incluso ante incumprimentos manifestos.

Pola contra, a situación faise máis flexible para as modificacións, xa que o Consello de Estado só emitirá informe cando estas superen o 20% do prezo orixinal do contrato (como ata agora) e ademais este ha de rebordalos mil millóns de pesetas.

*Segundo:* En materia de garantías, o art. 44 da Lei de contratos das administracións públicas, estende a responsabilidade das mesmas "*ás obrigas derivadas do contrato*", novidade en relación ó art. 115 do Texto articulado da Lei de contratos do Estado, que pode modificar sensiblemente o seu alcance, sobre todo en concordancia co art. 46.2 da nova Lei 13/1995.

*Terceiro:* Novidade tamén destacable é a regulación do art. 96.4 da nova lei, que fronte ó art. 138 do Regulamento xeral de contratación establece que cando as penalizacións superen o 20 por 100 do importe do contrato, a Administración pode resolver ou continua-la súa execución. O artigo do regulamento citado establecía a obrigatoriedade de proceder á súa resolución.

*Cuarto:* Sen lugar a dúbidas, este epígrafe non se pode pechar sen comentar unha das novidades principais da nova Lei de contratos das administracións públicas, o que afecta ó aboamento de xuros de mora. O artigo 100.4 establece: “A Administración terá obriga de aboa-lo prezo dentro dos dous meses seguintes á data da expedición das certificacións de obras ou dos correspondentes documentos que acrediten a realización total ou parcial do contrato, sen prexuízo do prazo especial establecido no artigo 148 e se se demorase deberá aboarlle ó contratista, a partir do cumprimento do dito prazo de dous meses, o interese legal do diñeiro incrementado nun 1,5 puntos, das cantidades que se deben”.

Unha primeira aproximación entre esta norma e a situación ata agora vixente, sen esquece-la disposición transitoria oitava que restrinxe a novidade exposta ós contratos adxudicados trala nova lei, pon de manifesto:

1. Unha redución do período legal de pagamento de tres meses a dous, para o caso xeral e de nove a seis meses na liquidación final (art. 148.2 LCAP).
2. Non se presenta como obrigatoria a intimación por escrito.
3. A penalización pola mora non é o interese legal do diñeiro, como ata agora, senón este incrementado en 1,5 puntos.
4. Os parágrafos 5 e 6 do citado artigo 100 establecen como causa específica de suspensión ou resolución do contrato, a demora no pagamento por parte da Administración.

A nova situación, tal como se expuxo, pode supoñer un encarecemento considerable da contratación do Estado e fundamentalmente doutras administracións públicas con menor autonomía financeira. Non obstante esta formulación, aparentemente radical, podería atenuarse por vía regulamentaria. De calquera xeito, a plasmación práctica do novo precepto esixe este desenvolvemento, e que aclare:

■ Se a non mención do requisito da intimación por escrito supón necesariamente unha actuación de oficio por parte da Administración, debe considerarse que o art. 45 da vixente Lei xeral orzamentaria, se a esixe, sendo esta a norma xeral na materia.

■ Quén debe liquidalo interese, a Tesourería ou a unidade contratante. No marco do Estado, o Departamento Ministerial ou a Dirección Xeral do Tesouro.


■ Intimamente relacionado co anterior, formúlase o problema da imputación orzamentaria, se se opta por unha solución que supoña maior custo do investimento, podería acontecer que o interese non se puidese aboar por ausencia de crédito, polo que se acrecentaría o problema.

## Conclusiones

Ata aquí, un catálogo de posibles acertos e problemas que orixinará na súa aplicación a nova Lei de contratos das administracións públicas. O achegamento realizado permite concluir que na reforma non existe unha liña de actuación clara; obsérvase unha certa ambivalencia, con preceptos que presentan unha liña contradictoria. Así, e a modo de síntese, pódese afirmar que:

- Algunhas medidas teñen un carácter marcadamente simplificador e de axilización na tramitación administrativa. Destaca especialmente o tratamento dos contratos menores e a ampliación na duración dos contratos de servicios.

- Contrariamente, os preceptos das directivas comunitarias e unha certa tendencia de reacción fronte á excesiva discrecionalidade na contratación a que conduciron as modificacións normativas dos últimos anos determinaron un aumento en canto á publicidade dos procesos contractuais e un alongamento dos seus prazos. O papel para xogar polas mesas de contratación e a exclusiva concepción do procedemento restrinxido aumentarán os períodos de decisión; como contrapartida, reforzaranse os principios de publicidade e de concorrencia, así como a transparencia nas adxudicacións.

- Manténse en xeral o sistema de prerrogativas da Administración, pero a posición dos adxudicatarios consolídase ante os incumprimentos por demora no pagamento da Administración contratante. 

## O persoal de Administración e servicios das universidades galegas e o ámbito de aplicación da Lei da función pública galega

Xefe do Servizo Xurídico da  
Universidade de Santiago

Carlos A. Gómez Otero

### 1. Introducción

Coa tramitación parlamentaria do Proxecto de lei de modificación da Lei 4/1988, do 26 de maio, de función pública de Galicia, volve de novo á palestra un vello tema de grande importancia para as universidades de Galicia e máis concretamente para o seu Persoal de Administración e Servicios (PAS). É este un problema que preocupa especialmente ós operadores xurídicos nesta materia, ó non estar clara a posible aplicabilidade ou non ó persoal non docente das universidades galegas, da Lei da función pública galega.

O obxecto deste artigo ten como única finalidade achegarlles ós redactores desta modificación a conveniencia de incluí-lo PAS das universidades dentro do ámbito de aplicación da Lei 4/1988, ou ben de maneira directa ou, no seu caso, con carácter supletorio.

## 2. O proxecto de Lei de Reforma da Lei 4/1988

O proxecto de lei que se está a tramitar no Parlamento galego non recolle no seu artigo primeiro a inclusión do PAS dentro do seu ámbito de aplicación, aínda que este se amplía a outros colectivos que anteriormente estaban excluídos ou ós que se aplicaba con carácter supletorio.

Ó artigo primeiro do proxecto presentoulle unha emenda o Bloque Nacionalista Galego, que foi rexeitada no informe da ponencia. As razóns do seu rexeitamento considero que son máis de carácter político que xurídico.

Vexámo-las razóns para o seu rexeitamento. En primeiro lugar, alega o ponente do PP que o dito persoal ten regulación propia na LRU e por vía supletoria na lexislación básica do Estado e nas normas lexislativas de desenvolvemento das comunidades autónomas. Esta argumentación só é relativamente certa: a LRU só contén tres artigos dedicados a este persoal que se limitan a definir quen forma parte deste colectivo, órganos competentes, estruturación de escalas propias e participación e representación en órganos de goberno.

Como se pode apreciar, tal regulación non pode constituír un verdadeiro estatuto da función pública do PAS. Por outra parte, a lexislación básica tampouco resolve tódolos problemas. A cuestión que se formula é qué lexislación se aplica supletoriamente: a do Estado ou a das comunidades autónomas. Preguntas como “¿cal é o prazo de prescrición dunha falta grave?” na que se debe de ter en conta a norma máis favorable, ou “¿que regulamento de provisión se aplica para desempatar nun concurso?”, son expostas habitualmente, e poden existir solucións diferentes segundo a universidade galega que teña que resolverlo conflito, e mesmo solucións diferentes nos tribunais de xustiza dependendo da materia e da sala que xulgue.<sup>1</sup>

Cómpre, en consecuencia, que as leis definan qué normativa se lle aplica ó PAS das universidades galegas. A falta de pronunciamiento expreso, en boa técnica xurídica, sería aplicable a lexislación do Estado (tanto a Lei 30/1984 como os seus regulamentos de desenvolvemento) por canto, a diferenza da lexislación da nosa Comunidade Autónoma, existen cláusulas de supletoriedade en tódalas normas de función pública estatal que obrigarían a aplicar esta normativa.

Se se aplican as cláusulas de supletoriedade, tería que aplicarse a normativa estatal, o que é contrario á realidade e á propia lóxica. Así, as administracións públicas incluídas na propia Comunidade Autónoma, e incluso vinculadas á Comunidade Autónoma galega (segundo o art. 2 da LRXAP-PAC), teríaselles

<sup>1</sup> Un auto do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia chegou incluso a rexeitarlle á Universidade de Santiago o feito de non recoller como normativa aplicable nunha incoación dun expediente disciplinario, o Regulamento disciplinario da Comunidade Autónoma galega, a pesar de que é meridianamente claro que ó persoal docente, por tratarse de corpos interuniversitarios, se lle aplica a lexislación estatal.

que aplica-la lexislación dos funcionarios civís do Estado, o que pode parecer un contrasentido.

En consecuencia, o argumento contido polo ponente do PP para rexeita-la emenda carece dunha base sólida por canto existen moitas lagoas que non poden ser suplidas pola LRU nin pola lexislación básica do Estado, nin parece que se sexa previsible que a Comunidade Autónoma galega vaia regular, mediante norma específica, o PAS das universidades galegas.

Máis absurda é a argumentación do Partido Socialista para rexeita-la emenda. O seu argumento céntrase en que a extensión do ámbito de aplicación só ten incidencia na mobilidade funcional xa que, con carácter xeral gozan das garantías establecidas para a función pública do persoal ó servizo dos centros docentes<sup>2</sup>. A introducción do PAS de universidades galegas no ámbito de aplicación da Lei 4/1988 se en algo non tería por que incidir é na mobilidade dos funcionarios, xa recollida na Lei da función pública galega –art. 27.4–, na propia LRU e nos estatutos universitarios que permiten ocupar postos por persoal de calquera Administración indistintamente<sup>3</sup>.

Menos comprensible é a argumentación de que o PAS goza das garantías do persoal ó servizo de centros docentes: ¿quere isto dicir que terían os mesmos dereitos có persoal docente? A regulación do persoal docente universitario é radicalmente diferente ó PAS, posto que aquel ten unha normativa específica en desenvolvemento do propio art. 1.2 da Lei 30/1984 (que permite adecualo ás peculiaridades do persoal docente e investigador). Non existe equiparación posible entre a regulación do persoal docente e non docente. É máis, o noso Tribunal Constitucional na STC 26/1987 establece a aplicación da lexislación específica e, no seu defecto, a estatal por ser persoal “interuniversitario” e “comunicable”.

Non existen, como se pode apreciar, argumentos xurídicos de peso para rexeita-la inclusión do PAS no ámbito de aplicación da lexislación da función pública galega, o que seguramente e por desgracia deixará insoluble o problema de qué lexislación complementaria se lle aplicará a este persoal.

### **3. Situación actual e necesidade de pronunciamento**

A situación actual, desde o punto de vista fáctico, é que as universidades tenden a aplicar non a lexislación estatal (agás a básica, claro está) senón a da Comunidade Autónoma galega<sup>4</sup>. Así,

<sup>2</sup> Así consta no debate da ponencia publicado no *Boletín del Parlamento de Galicia*, do 11 de febreiro de 1995 (n.º 203).

<sup>3</sup> É unha cuestión política e non xurídica que nas relacións de postos de traballo e nas convocatorias de concursos ou de traslados se estableza un ámbito amplo ou reducido de participación. Tanto a Lei 30/1984 como a Lei 4/1988, recollen o principio de mobilidade interadministrativa.

<sup>4</sup> Na Universidade de Santiago existe, incluso, unha instrución para que se aplique a lexislación autonómica.

o persoal non docente ten equiparadas as súas retribucións ó persoal da C. Autónoma, goza de nove días de asuntos propios, as convocatorias de acceso esixen o coñecemento da lexislación autonómica de funcionarios, os tramos de niveis máximos e mínimos son os da Comunidade Autónoma, nas convocatorias de concursos establécese como aplicable o Regulamento de Provisión Autonómico, etc.

Considero que existe, así, unha vontade firme das universidades de que se lles aplique a lexislación da función pública galega e neste sentido están xa asumíndoa malia non estar incluídas expresamente no seu ámbito de aplicación.

A tendencia actual nas universidades galegas é a aplicación da lexislación autonómica, nunha interpretación extensiva do artigo 3.1 da Lei 4/1988<sup>5</sup>. Como dixen antes, isto responde a un criterio lóxico de uniformidade de aplicación da norma nun mesmo ámbito. Non ten sentido que unha administración dependente e vinculada á Xunta de Galicia estea aplicando a lexislación da Administración do Estado.

Esta aplicación real contrasta sen embargo coa norma que os exclúe e os obrigará a aplica-la cláusula de supletoriedade da lexislación do Estado.

Faise patente a necesidade de adecua-la norma á realidade das universidades galegas.

#### **4. Razóns para a inclusión do PAS no ámbito de aplicación da Lei 4/1988**

Ademais das razóns de adecuación da lei á realidade, debe considerarse este problema desde outro punto de vista: as universidades son administracións da Comunidade Autónoma galega e polo tanto deberían ter unha regulación uniforme en materia de función pública, sen prexuízo das especificidades que cada Administración posúe.

##### *a) O persoal ó servizo das universidades*

O persoal ó servizo das universidades está composto fundamentalmente por persoal docente e non docente, denominándose este último Persoal de Administración e Servizos (PAS).

O título VI da LRU esta integramente dedicado a este colectivo. No seu artigo 49 establécese que

“O persoal de Administración e servizos das universidades estará composto por funcionarios da propia universidade e por persoal contratado. Así mesmo, os funcionarios doutras universidades, do Estado ou da Comunidade Autónoma poderán

<sup>5</sup> “Esta lei é de aplicación a todo o persoal ó servizo da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia e dos seus organismos autónomos”.

prestar servicios en calquera universidade na situación de supernumerario ou na que legalmente se estableza como equivalente.(...)

O persoal de Administración e servicios das universidades rexerese pola presente lei e as súas disposicións de desenvolvemento, pola lexislación de funcionarios que lle sexa de aplicación, e, no seu caso, polas disposicións desta que elaboren as comunidades autónomas e polos estatutos da universidade”.

No mesmo sentido, o art. 141 dos Estatutos da Universidade de Santiago, aprobados por Decreto da Xunta de Galicia 204/1985, do 19 de setembro:

“O persoal de Administración e servicios estará composto polos funcionarios dos corpos da Administración do Estado e das escalas de organismos autónomos que presten servicio na universidade, así como os funcionarios das súas propias escalas e persoal laboral.”

Dos anteriores textos normativos podemos concluír que os funcionarios do Estado ou da Comunidade Autónoma poden prestar servicios como persoal de Administración e servicios da universidade, constatándose un principio de intercomunicabilidade e mobilidade entre os funcionarios do Estado e da Comunidade Autónoma na que se inserta a universidade.

#### *b) A universidade como Administración da Comunidade Autónoma*

■ *A Universidade de Santiago, como única universidade, foi obxecto de traspaso.*

O Real decreto 1754/1987, do 18 de setembro sobre traspaso á Comunidade Autónoma de Galicia dos servicios e institucións e medios persoais<sup>6</sup>, materiais e orzamentarios en materia de universidades, establece no seu art. 2:

“En consecuencia quédanlle traspasados á Comunidade Autónoma de Galicia os servicios e institucións, dereitos ou obrigas, así como o persoal e créditos orzamentarios que figuran nas relacións 1 e 4 anexas...”

No anexo deste real decreto, no seu punto B.-“ Funcións que asume a Comunidade Autónoma e identificación de servicios e institucións que se traspasan”, indica:

“Traspásaselle á Comunidade Autónoma de Galicia, a Universidade de Santiago”.

En consecuencia, a Universidade de Santiago como Administración universitaria foi obxecto de traspaso á Comunidade Autónoma de Galicia, asumindo esta as competencias que ata a data tiña o Estado.

<sup>6</sup> O traspaso de medios persoais só é para os efectos orzamentarios por canto se trata de escalas propias.



Entre estas competencias está a de regula-lo persoal e servios, se así o desexa, tal e como quedou reflectido no art. 49 LRU antes transcrito.

Se a universidade non formase parte da Administración da Comunidade Autónoma, sería imposible que esta puidese regular mediante textos normativos ou regulamentarios o seu persoal non docente.

■ *A Administración universitaria como Administración vinculada.*

De conformidade co art. 27 CE, a universidade goza de autonomía para a xestión dos seus propios intereses -servicio público da educación superior-. Esta autonomía abrangue a súa propia organización e sistema de prestación do servio que ten encomendado, pero nos demais aspectos é dependente da Comunidade Autónoma.

A Administración universitaria é unha Administración vinculada da Administración da Comunidade Autónoma nos termos do artigo 2 da Lei de rexime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común:

"1.- Enténdese para os efectos desta lei por administracións públicas:

- a) A Administración xeral do Estado.
- b) As administracións das comunidades autónomas.
- c) As entidades que integran a Administración local.

2.- As entidades de dereito público con personalidade xurídica propia vinculadas ou dependentes de calquera das administracións públicas terán así mesmo a consideración de Administración pública".

Existen así, a teor deste artigo, tres administracións públicas (Estado, comunidades autónomas e local) e outras con consideración de AAPP pero que forman parte da Administración do Estado, ou da Administración da Comunidade Autónoma ou da Administración local.

A Universidade de Santiago é así unha Administración dentro da Administración da Comunidade Autónoma, vinculada a esta.

■ *A consideración da universidade como Administración da Comunidade Autónoma na lexislación da propia Comunidade Autónoma.*

A propia Comunidade Autónoma galega vén considerando que as universidades forman parte da súa Administración e neste sentido as regula (Lei de ordenación do sistema universitario de Galicia) pero ademais regula o persoal de Administración e servios das universidades como persoal propio da Administración da comunidade autónoma.

Como exemplo do que acabamos de expoñer abonda re-produci-la Lei de orzamentos para 1994 (Lei 1/1994, do 30 de marzo, de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para 1994) onde *dentro dos gastos de persoal da Administración da Comunidade Autónoma se inclúe o PAS das universidades:*

TÍTULO II

DOS GASTOS DE PERSOAL

Capítulo I

**Retribucións do persoal**

**Artigo 9.** Bases da actividade económica en materia de gastos de persoal.

*Un.* Durante o ano 1994 as retribucións íntegras do *persoal ó servicio da Comunidade Autónoma* non experimentarán variación con respecto ás establecidas no exercicio de 1993 para cada posto de traballo. (...)

*Catro.* O presente artigo aplicaráselle ó *persoal ó servicio* de:

f) *As universidades de Galicia.*"

É obvio, á vista do establecido no artigo anterior que o persoal de Administración e servicios das universidades galegas aparece configurado na Lei de orzamentos galega dentro do concepto xenérico de "persoal ó servicio da Comunidade Autónoma".

Pola súa banda, esta mesma lei, no seu artigo 19, establece para o PAS laboral que "será preciso informe favorable conxunto da Consellería de Economía e Facenda e da Presidencia e Administración Pública para proceder a determinar ou modificar-las condicións retributivas do persoal non funcionario e laboral ó servicio de: e) *as universidades de Galicia.*"

Nos mesmos termos, o artigo 7 da Lei 6/1994, do 29 de decembro, de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para 1995, recolle dentro do título II, "Dos gastos de persoal":

...7.1. As retribucións íntegras do persoal ó servicio da Comunidade Autónoma, experimentarán en 1995 un incremento do 3,5 % respecto das establecidas no exercicio de 1994 para cada posto de traballo.

...7.4. O presente artigo aplicaráselle ó *persoal ó servicio* de:

a) Os órganos estatutarios de Galicia, sen prexuízo do disposto no artigo 12.2 do Estatuto de autonomía de Galicia para o Parlamento.

b) A Administración xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e os seus organismos autónomos.

f) *As universidades de Galicia.*"

As leis de orzamentos da Comunidade galega comprenden dentro do concepto de "persoal ó servicio da Comunidade Autónoma" tanto a Administración xeral -Xunta de Galicia- como

as outras administracións que conforman a Administración institucional galega (CRTVG, Instituto Galego de Promoción Económica, universidades galegas, sociedades públicas e outros entes públicos).

Se o persoal das universidades non estivese dentro do ámbito de aplicación da Administración da comunidade autónoma, tal precepto sería impensable.

Ademais do anterior, existen outras normas que recollen esta postura. Así, existe na Dirección Xeral da Función Pública da Xunta, unha mesa sectorial das universidades para pactar as condicións de traballo no ámbito da función pública galega; os resultados das eleccións sindicais na Universidade de Santiago computan para efectos de determinar qué sindicatos son os máis representativos no ámbito da Administración da Comunidade Autónoma, etc.

Que os medios persoais están integrados como parte da Administración galega demóstrase na propia consideración por parte da Xunta de Galicia e do Parlamento autonómico. Nas leis de orzamentos, nas pagas compensatorias ós funcionarios, na competencia para a resolución dos expedientes de compatibilidade/incompatibilidade do persoal universitario, nas eleccións sindicais, nas convocatorias de cursos da EGAP, etc., considérase o persoal universitario non docente como parte da Administración da Comunidade Autónoma.

*c) A Escola Galega de Administración Pública e o persoal funcionario das universidades galegas.*

A Lei 4/1987, do 27 de maio, crea a Escola Galega de Administración Pública. No seu artigo 3 establece, entre os seus fins, os de organización de probas selectivas, cursos de formación, probas ou cursos de promoción interna, etc., tanto da Administración da Comunidade Autónoma como doutras administracións públicas, tralo establecemento de convenio, coa excepción do persoal docente e investigador. As tres universidades de Galicia teñen subscritos os seus respectivos convenios coa EGAP.

Por outra parte, as universidades públicas de Galicia forman parte da dirección da EGAP e neste sentido o seu artigo 6 establece como órgano de goberno, o Consello Rector constituído por:

*"d) Tres representantes das universidades galegas, designados pola Xunta de Goberno."*

Ademais figuran como vocais representantes da Xunta de Galicia, representantes da Administración local de Galicia, expertos de recoñecido prestixio, o director da EGAP e cinco repre-

sentantes dos funcionarios designados polas organizacións sindicais máis representativas (que, como xa se dixo, para a determinación das organizacións sindicais máis representativas se teñen en conta os resultados sindicais das universidades públicas). Nótese así que *só están representadas, polo tanto, as administracións local, da Xunta e das universidades*, estando as dúas primeiras dentro do ámbito de aplicación da Lei 4/1988.

É obvio que se a Administración universitaria non formase parte da Administración da Comunidade Autónoma, non estaría representada no seu órgano de goberno supremo da EGAP.

Pero por se o anteriormente exposto non fose suficiente, o Decreto 306/1990, do 24 de maio, polo que se aproba o Regulamento de organización e funcionamento da EGAP, establece no seu organigrama dos servicios diferenciados: un de formación, selección, perfeccionamento e especialización da Administración autonómica e outro destinado á Administración local e a outras administracións.

Neste sentido, o artigo 17 establece:

"A Escola Galega de Administración Pública intégrase e estrutúrase basicamente nos seguintes servicios: b) Selección, formación, perfeccionamento, e especialización do persoal ó servizo da Administración local e doutras administracións públicas"

O feito de que exista un servizo específico no organigrama da EGAP, é un recoñecemento de que a Escola non é un servizo da Xunta e da súa Administración senón que ten como función a formación do persoal funcionario das administracións da Comunidade Autónoma e, dentro destas, encóntranse as universidades e o persoal non docente das mesmas.

As universidades galegas forman parte da Administración da Comunidade Autónoma galega, polo que se debe consideralos seus funcionarios como funcionarios da Comunidade Autónoma.

Proba indubidable de que a formación de funcionarios das universidades e incluso os cursos selectivos de acceso por promoción interna realízanse a través da EGAP, é a recente organización por este organismo do "Curso selectivo para o acceso por promoción interna á escala de administrativos da Universidade de Vigo", convocado por Resolución rectoral do 4 de marzo de 1994 (DOG, do 28 de marzo).

Queda patente que quen organiza e selecciona o profesorado non é a Universidade de Vigo, senón a EGAP. É, polo tanto, este organismo autónomo unha *institución de formación e participación no acceso dos funcionarios das universidades galegas*.

Como nova mostra do exposto, hai que indicar que actualmente están convocados ou pendentes de convocar varios cursos de informática, contratación administrativa, procedemento, persoal, etc. destinados ó PAS da Universidade de Santiago. Todos estes cursos de formación os organiza a EGAP.

A EGAP funciona, na práctica, como órgano de formación do persoal funcionario non docente das universidades galegas.

Profundizando no anterior, o Decreto 294/1992, do 10 de setembro, polo que se regulaban os cursos para o acceso ó diploma de directivo, modificouse no sentido de que, a partir do Decreto da Xunta de Galicia 1/1995, do 12 de xaneiro, polo que se modifica o Decreto 294/1995 (*DOG*, do 13 de xaneiro) se lles permitirá o acceso –aínda que reducido a un tercio do total das prazas– ós funcionarios de calquera outra das restantes administracións públicas existentes en Galicia, entre elas, a Administración universitaria.

É, pois, outra mostra da tendencia cara á uniformidade na regulación da función pública na Comunidade galega.

## **5. A regulación do PAS nas comunidades autónomas con competencias transferidas en materia de función pública e de educación superior**

Como xa se recolle no debate do informe da ponencia sobre a modificación da Lei 4/1988, a emenda de inclusión do PAS no ámbito de aplicación da Lei da función pública galega ten a súa xustificación en que noutras comunidades autónomas con competencias en educación superior, se inclúe o PAS dentro da aplicación da Lei da función pública autonómica, tales como a lei catalana ou a lei valenciana.

Así, a recente Sentencia do TSX de Valencia, do 30 de maio de 1994, sobre aplicación do artigo 20.1.f) da Lei 30/1984 a un concurso de méritos do PAS da Universidade Jaume I, vén senta-la aplicación da lei da comunidade no non regulado nos estatutos universitarios:

Segundo.- O marco normativo de referencia para o adecuado enfoque da cuestión debatida pecaría de insuficiente se tan só se aludise o referido artigo 20.1.f) da Lei 30/1984, que por carecer de carácter básico non lle sería de imperativa aplicabilidade ó ámbito de tódalas administracións públicas. Por isto, o texto primordialmente aplicable ó caso que analizamos, sería o artigo 20.6 do Texto refundido da Lei da función pública valenciana, a falta de desenvolvemento, na data a que se refiren os actos recorridos, das previsións estatutarias (...)."

Nas comunidades autónomas con competencia en materia de educación superior, o persoal de Administración das universidades forma parte da Administración autonómica e lle son aplicables as súas normas.

## **6. O principio de uniformidade e coordinación**

Á vista do anteriormente exposto, esencialmente a consideración das universidades como administracións da Comunidade Autónoma galega, debería desprenderse a necesidade dun tratamento unitario e uniforme da función pública en Galicia sen que sexa defendible a existencia de "lagoas" ou ámbitos excluídos de aplicación a determinados colectivos sen unha causa obxectiva ou razoable, xa que a autonomía universitaria non pode servir de excusa para esta exclusión por canto esta autonomía non pode chegar a regular un verdadeiro "estatuto funcional do PAS", debendo necesariamente acudir á lexislación estatal ou autonómica nesta materia.

Non tería sentido así que dentro dunha administración pública vinculada á Xunta, se estea aplicando, polas regras da supletoriedade, unha lexislación destinada ós funcionarios civís do Estado. Aplica-la lexislación estatal, no que non é básico, supoñería un contrasentido, xa que cando se regula o persoal civil do Estado central se esta partindo de premisas distintas e de realidades sociais completamente diferentes.

A regulación da función pública no ámbito da Comunidade Autónoma debe partir dunha realidade social que non pode se-la mesma en Madrid que en Galicia, de aí que non poidan existir lagoas na aplicación da lexislación da función pública galega en administracións da mesma comunidade.

A ampliación do ámbito de aplicación da Lei 4/1988, tería así unha cuádruple consecuencia positiva:

- A clarificación do réxime xurídico aplicable ó Pas das universidades, eliminando a inseguridade que provoca que pola vía de feito se aplique unha regulación, cando en correcta técnica xurídica, se lle debe aplicar outra.
- O exercicio real e efectivo das competencias que a Comunidade Autónoma posúe con respecto ó PAS das universidades.
- Evita-la contradicción existente que consiste en que en determinadas normas se o considere como persoal da comunidade autónoma (retribucións nas leis de orzamentos) e noutras non (Lei da función pública galega).

■ Consegui-la uniformidade e tratamento igualitario, coas peculiaridades que cada Administración posúe, da función pública no ámbito da Comunidade Autónoma galega.

Desexable sería que para esa futura regulación se usasen técnicas de cooperación e coordinación entre os poderes públicos da Administración da Xunta de Galicia e das universidades galegas, porque así o demanda o necesario tratamento común dos administrados, cunha mínima diferenciación, en función das poucas peculiaridades de autoorganización que demanda a autonomía universitaria.

Debe aproveitarse o actual momento histórico de reforma da lexislación da función pública galega, para corrixi-lo defecto da anterior regulación e incluí-lo PAS dentro do ámbito de aplicación da Lei 8/1988, ben directamente ou supletoriamente, coa finalidade de evitar que dentro de administracións propiamente galegas se teña que aplicar unha lexislación totalmente allea ó seu contorno social, como é a de funcionarios civís do Estado, creando inxustificadas ámbitos de exclusión do réxime funcional da Comunidade Autónoma.

## 7. Conclusións


a. O persoal de Administración e servicios das universidades, ó seren administracións vinculadas á Comunidade Autónoma galega, debería te-la mesma regulación en materia de función pública cás outras administracións galegas, baseándose nun principio de uniformidade e de exercicio efectivo da competencia autonómica.

b. A realidade social é que as universidades galegas tenden cara á aplicación da lexislación da función pública galega a pesar de que, en boa técnica xurídica e por aplicación das cláusulas de supletoriedade, debería aplicarse a da Administración do Estado.

c. Faise necesario, en consecuencia, e aproveitando que se está modificando a Lei 4/1988, incluír no ámbito de aplicación desta norma, ben directa ou supletoriamente o persoal de Administración e servicios das universidades públicas de Galicia para os efectos de aclarar definitivamente o réxime xurídico aplicable a este persoal, recollendo unha realidade actualmente existente.

d. Deben terse en conta criterios técnicos e non políticos na redacción da modificación da Lei da función pública galega,

## **N**OTAS E COMENTARIOS

de tal maneira que se recollan aquelas emendas que melloren o seu texto, independentemente do grupo político que as propoña, para que se xere un beneficio xeral para as administracións insertas na Comunidade galega. 





## O crédito local: regulación xurídica, carga financeira, procedementos e modalidades

Interventor adxunto da  
Depuración Provincial  
da Coruña

**Enrique Calvete Pérez**

### **1. Introducción**

O tema do endebedamento das corporacións locais cobra nos nosos días unha importancia capital. Isto prodúcese por un dobre motivo:

1) Trátase dun fenómeno do que non se pode prescindir. As dificultades crónicas que padecen as facendas locais para facerlles fronte ós gastos necesarios para a realización de investimentos en infraestructuras, equipamentos e servicios en xeral de primeira necesidade ou de grande demanda social. Malia o establecido polo artigo 142 da Constitución verbo da suficiencia financeira das facendas locais e do avance relativo que respecto disto supuxo a Lei 39/88, o feito certo é que grande parte das corporacións locais precisan inevitablemente do endebedamento, sen o que non sería posible a realización de investi-

mentos nos municipios. A presión cidadá, por razóns de proximidade administrativa, en demanda dun maior gasto local provoca unha necesidade de investimento que os concellos non poden emprender cos seus recursos ordinarios, dada a contía xeralmente escasa do aforro público local.

2) A problemática xerada polo progresivo endebedamento e a situación orzamentaria e financeira que provoca a medio e longo prazo, fan inviable o establecerlle a apelación ó crédito como un recurso de carácter permanente. A carga financeira excesiva convértese nun lastre que impide á súa vez aplicarlles recursos a novas necesidades ou servizos públicos. Por todo isto, resulta de enorme interese o estudio de tódolos aspectos tanto xurídicos como económicos que rodean as operacións de endebedamento, co fin de procura-la maneira de, se é posible, reduci-lo mesmo ou, polo menos, que este se dea nas mellores condicións de mercado posibles e se oriente cara a investimentos, as rendibilidades social e económica dos cales fagan xustificable a realización das correspondentes operacións.

## 2. Regulación xurídica do crédito local

A normativa de aplicación encádrase basicamente ó redor dos artigos 49 e 56 da Lei 39/88, reguladora das facendas locais (en adiante LFL), que presenta, ó meu xuízo, o grave defecto da falta de desenvolvemento regulamentario dalgúns aspectos importantísimos que se indicarán máis adiante. Esta circunstancia vai mitigarse como consecuencia da reforma implantada na Lei 13/96, do 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e de tipo social e que contén unha serie de modificacións dos artigos 50 a 55 da LFL, entre outros aplicables ó mundo local, que pretenden introducir un maior desenvolvemento dos preceptos reguladores do endebedamento das entidades locais, cunha serie de restriccións racionalizadoras que, no seu conxunto, parecen positivas pois veñen encher importantes lagoas existentes na dita normativa de aplicación necesitadas, iso si, de desenvolvemento regulamentario, aínda que mereza unha importante crítica a confusa redacción e precipitación abordada nalgunhas das modificacións, así como o feito criticable en si mesmo, de que se tratase esta importante reforma nunha maraña de reformas lexislativas de multiplicidade de normas xurídicas sobre as máis variadas materias nunha especie de "lei comodín" con minúscula, que constitúe unha técnica lexislativa máis que dubidosa amplamente criticada pola doutrina. Pero vaíamos por partes.

O capítulo VII da Lei 39/88 relativo a operacións de crédito, comeza cunha autorización ampla e xenérica a prol das entidades locais para concerta-las ditas operacións de crédito, en tódalas súas modalidades e con toda clase de entidades de crédito. Loxicamente, esta autorización incríbese nos termos previstos na propia lei.

O artigo 50 da LFL, establece a posibilidade de acudir ó crédito público ou privado, a medio e longo prazo, en calquera das súas formas:

- a) Emisión pública de débeda.
- b) Contratación de empréstitos ou créditos.
- c) Conversión e substitución total ou parcial de operacións preexistentes. Asemade, tanto por lei como por lóxica financeira, tódalas operacións de crédito das que estamos a falar deben ter como destino obrigatorio o financiamento de investimentos, sexan estes reais, transferencias de capital ou financeiros.

Non obstante, existen dous supostos excepcionais, dificilmente xustificables desde o punto de vista da racionalidade económica e financeira e só aplicables a corporacións locais que se encontren en situacións verdadeiramente graves desde esta perspectiva, en que é posible apela-lo crédito para operacións correntes ou "o consumo":

1. O suposto previsto no artigo 158.5 da LFL, no que cando non sexa posible o financiamento dun crédito extraordinario ou suplemento de crédito polas vías ordinarias previstas noutras alíneas do dito artigo, se poderán financiar gastos correntes con operacións de empréstito, sempre que se cumpran as seguintes condicións:

- a) Que a operación non supere o 5% dos recursos por operacións correntes do orzamento da entidade.
- b) Que a carga financeira total da entidade, incluída a derivada das operacións proxectadas, non supere o 25% dos expresados recursos.
- c) Que as operacións queden canceladas antes de que se proceda á renovación da corporación que as concerta.

2. O suposto previsto no artigo 174.2, no que se establece que cando nunha corporación existe un remanente de tesourería negativo, e non é posible adopta-la primeira medida prevista respecto disto na norma, tal é a redución de gastos no importe do saldo negativo do dito remanente de tesourería, se poderá acudir a unha operación de crédito coas características e condicionantes da xa analizada no apartado anterior. Se isto non

for posible, o orzamento do exercicio seguinte deberá aprobarse con superávit na contía mínima do citado déficit.

Salvo estes dous supostos excepcionais, non se admite a posibilidade de operacións de crédito "ó consumo", financiadoras de gastos correntes que, por outra parte, son suicidas desde o punto de vista financeiro.

### *Recursos ofrecidos en garantía*

En toda relación contractual prestamista-prestameiro, resulta importante determinar qué garantías ofrece o prestameiro de cumprimento das obrigas derivadas da operación. Se ben o artigo 50.4 da LFL admite tamén a constitución de garantía real sobre bens patrimoniais (loxicamente non é posible en relación con bens de dominio público), e así mesmo mediante a prestación de avais.

Non obstante, a práctica habitual nas corporacións locais, é a de afectar en garantía do cumprimento das obrigas derivadas dos empréstitos, determinados recursos de realización periódica e contía abonda para cubri-las ditas obrigas.

A participación nos ingresos do Estado e determinados recursos tributarios locais, son os que habitualmente se adoitan ofrecer. Non obstante, dada a situación de dificultades e incluso de escasa solvencia estrutural dalgunhas corporacións locais, as entidades financeiras están a estudar cada día máis exhaustivamente a situación económico-financiera da entidade e, particularmente, a viabilidade dos recursos ofrecidos en garantía, aspectos que inciden non só na concesión ou non do crédito, senón nas condicións do mesmo, máis desvantaxosas desde logo, canto peor sexa a situación dos indicadores principais (carga financeira, remanente de tesourería, aforro neto, etc.), por ofrecerlle un maior risco á entidade financeira correspondente.

### *Operacións de tesourería*

Para atender dificultades transitorias de tesourería poderán as entidades locais concertar con entidades financeiras, operacións destas características, por prazo non superior a un ano, sempre que no seu conxunto non superen o 30% dos seus ingresos por operacións correntes do último exercicio liquidado. A competencia para a concertación destas operacións correspóndelle ó Pleno, salvo que non superen o 5% dos ingresos liquidados antes mencionados; neste caso o alcalde ou presidente sería o órgano competente para resolver, sempre que se lle dea conta ó Pleno na primeira sesión que se realice.

A Lei de medidas fiscais, administrativas e de tipo social –Lei

13/96, en adiante LFAS- incorpora como novidades unhas modificacións dos artigos 52 e 53 da LFL que afectan ás operacións de Tesourería ó limitalas cuantitativamente, así como competencialmente pasan a precisar e reduci-la esfera de competencias do alcalde ou presidente:

1º) Redúcese o importe conxunto das mesmas, do 35% dos recursos liquidados por operacións correntes do último exercicio, tal como figuraba en orixe na LFL, ó 30% como xa quedou dito anteriormente. Este será o índice que pode alcanzar esta forma de endebedamento.

2º) Limitáase a competencia da alcaldía no sentido de establecer un mínimo do 15% dos ingresos por operacións correntes, para o conxunto de operacións autorizadas polo presidente da Corporación, e corresponderalle en todo caso a competencia de superarse o dito límite ó Pleno da Corporación.

Con isto evítase a posible fraude na lei, na que potencialmente se podería incorrer ó concertar sucesivamente operacións inferiores ó 15%.

Resulta importante indicar, que estas operacións non sempre se concertan para a finalidade para a que están previstas na norma, é dicir, "as dificultades transitorias de tesourería", senón para te-lo camiño de problemas estruturais e financeiros máis complexos (situación de déficit permanente, insolvencia fronte a acredores...etc.), o que lonxe de solucionar os problemas de orixe, o único que consegue é agravalos ó demora-las necesarias solucións estruturais que só se poden abordar a través dun plan global de saneamento en función das circunstancias concretas do concello en cuestión. Pero entendo inadecuada e extraordinariamente perigosa a utilización de operacións de tesourería como "fuxida cara a adiante" dunha situación financeira e orzamentaria de déficit crónico e permanente.

#### *Concertación de operacións de crédito*

O artigo 53 da LHL, establece que "a concertación de toda clase de operacións de crédito deberá acordala o Pleno da Corporación tralo informe da Intervención, no que se analizará, especialmente, a capacidade da entidade local para facerlles fronte, no tempo, ás obrigas que daquelas se deriven para a mesma". Volveremos máis adiante sobre a explicación do qué ten que se-lo contido do informe da Intervención. Centrémonos agora en temas competenciais: o Pleno é o órgano competente para calquera acordo de concertación de débeda. Respecto disto, cóm-

pre lembrar que, de acordo co previsto no artigo 47.3.g) da Lei 7/85 reguladora das bases de réxime local, se precisa maioría absoluta do número legal de membros da Corporación para adoptar acordos relativos á aprobación de operacións financeiras ou de crédito cando o seu importe reborda o 5% dos recursos ordinarios do orzamento.

Outro tema para determinar é se a decisión do Pleno da Corporación é soberana ou está condicionada á autorización doutra Administración pública por cuestións de tutela ou de preservar intereses xerais de ámbito superior ó municipal. Verbo disto, o artigo 54 de a LFL, distingue dous supostos claramente diferenciados:

1) Casos en que a apelación ó crédito por parte das entidades locais incide ou pode incidir na política económica xeral, ou nos mercados financeiros, como é o suposto de operacións de crédito para formalizar co exterior, e as que se instrumenten mediante emisións de Débeda pública por parte da entidade local. Nestes supostos, pola transcendencia derivada dos casos expostos, é preceptiva en todo caso a autorización dos órganos competentes do Ministerio de Economía e Facenda.

2) Concertación de créditos e concesión de avais que non se encadren nos supostos do apartado anterior. Neste caso, as razóns esgrimidas para someter a autorización estas operacións non pasan de ser unha simple tutela financeira das corporacións locais, se consideramos individualmente a análise de cada operación de crédito. Todo isto sen prexuízo de que globalmente e por motivos de política económica xeral, as leis respectivas de orzamentos xerais do Estado lles limiten o acceso ó crédito, tal e como prevé a alínea 6ª do artigo 54 da LFL, ás corporacións locais.

Esta tutela financeira pódeseelles atribuír, como no caso de Galicia, ás comunidades autónomas. Con carácter xeral, procede a esixencia de autorización do órgano competente-Dirección Xeral do Tesouro e Política Financeira da Consellería de Economía e Facenda-, ó formular unha serie de criterios para que tal autorización sexa outorgada: situación económica da entidade local, prazo de amortización da operación, futura rendibilidade económica do investimento para realizar e condicións de todo tipo do crédito para concertar.

A LFAS engade ademais dos condicionantes anteriores, unha importante concreción dos parámetros que cómpre considerar para determina-la situación económica do ente local: o

aforro bruto e neto, así como o remanente de tesourería, criterios que aínda que son esenciais para a análise pretendida, non se precisaban como tales ata o momento na normativa de aplicación. De todas formas, as entidades locais non precisarán autorización para concertar operacións de crédito, nos seguintes supostos:

a) Cando a contía da operación proxectada non reborde o 5% dos recursos liquidados da entidade por operacións correntes, deducidos da última liquidación orzamentaria practicada. Os ditos recursos correspóndenlles ós capítulos 1 a 5 do Orzamento municipal de ingresos.

b) Cando o crédito se destine a financiar obras e servicios incluídos en plans provinciais e programas de cooperación económica local debidamente aprobados.

En todo caso, precisarase que a carga financeira anual derivada da suma das operacións vixentes concertadas pola entidade local e da proxectada non exceda do 25% dos recursos liquidados por operacións correntes xa citados. Tódalas cuestións derivadas deste importante concepto de carga financeira analizámolos no seguinte apartado.

Non obstante, a través da LFAS establécese a imposibilidade de concertar empréstitos a medio e longo prazo se se dá a circunstancia de que o aforro neto da entidade local calculado tal e como prevé a dita lei nas novas alíneas que lle engade o artigo 50 da LFL, sexa negativo en contía superior ó 2% dos ingresos correntes liquidados do último exercicio ou das partidas de ingresos por natureza vinculados á explotación, excluídas, neste último suposto, as dotacións para a amortización de activos, e non se pode neste caso concertar novas operacións de crédito a medio e longo prazo, salvo que:

a) Ó se-lo aforro neto negativo, inferior ó 7% dos referidos parámetros, o Pleno da Corporación aprobe un plan de saneamento financeiro a un prazo non superior a 3 anos, destinado a nivela-la situación financeira da entidade, a través do cal se adopten as medidas de xestión, tributarias, financeiras e orzamentarias que permitan como mínimo axusta-lo aforro neto na marxe do 2% antes sinalado.

b) Aínda que se supere o límite máximo do 7% na citada relación aforro neto/recursos ordinarios, e como requisito previo á autorización de calquera operación de crédito por parte das respectivas entidades, deberá elaborarse, un plan de saneamento financeiro a un prazo non superior a 6 anos que se someterá á aprobación do Pleno, co fin de que lle sexa ele-



vado ó órgano competente para autoriza-la operación para que se determinen por este, con carácter previo ás autorizacións correspondentes, os límites de endebedamento admisibles no marco das medidas que no mesmo se adopten.

En consecuencia, o órgano competente para outorga-la correspondente autorización deberá, no seu caso, entrar na análise do aforro neto e dos plans de saneamento financeiro que poidan ser necesarios no suposto de que se formulen as situacións anteditas.

### **3. Carga financeira: o seu cálculo, problemática que presenta e outros parámetros de medida do endebedamento das entidades locais**

Un tema importante pola transcendencia que tanto desde o punto de vista normativo e procedemental, como económico-financieiro ten, é o cálculo da carga financeira, aspecto moi controvertido nos últimos tempos.

En principio o artigo 54.4 da LFL parece claro respecto disto:

“Para os efectos deste artigo, entenderase por carga financeira a suma das cantidades destinadas en cada exercicio ó pagamento das anualidades de amortización, dos xuros e das comisións correspondentes ás operacións de crédito formalizadas ou avaladas, con excepción das operacións de tesourería”.

En resumo:

$$CF = A + i + Co$$

CF = Carga financeira.

A = Cantidad destinada orzamentariamente á amortización dos empréstitos vivos. i = Cantidad destinada orzamentariamente ós xuros da débeda viva.

Co = Cantidad destinada orzamentariamente a facer fronte a comisións e gastos asimilados relacionados cos empréstitos vivos.

Así mesmo tamén é importante a magnitude sinalada no artigo 54.3 da LFL, que pon en relación a magnitude CF cos recursos liquidados por operacións correntes derivados da última liquidación orzamentaria practicada. Esta *ratio* que podíamos denominar “nivel de endebedamento”, é o que erroneamente se denomina ás veces como carga financeira, e é o parámetro que se utiliza como representativo do grao de endebedamento dunha corporación local, mesmo para os efectos de considerala necesidade de autorización ou non da Comunidade Autónoma para concertar empréstitos.

A dita magnitude sería entón:

$$Ne = CF / RL$$

Ne= Nivel de endebedamento.

CF= Carga financeira.

RL= Recursos liquidados por operacións correntes da última liquidación orzamentaria. É dicir, recursos liquidados dos capítulos 1 a 5 inclusive do orzamento de ingresos. De tódalas maneiras entendo que, para os exclusivos efectos deste cálculo, se debían exceptuar aqueles recursos liquidados que aínda que lles correspondan ós capítulos indicados, sexan ocasionais e só se vaian producir no exercicio ó que se refire a liquidación (subvencións correntes non periódicas, contribucións especiais, etc.).

Vista a formulación anterior, parece que tanto o cálculo da carga financeira como o do nivel de endebedamento son a primeira vista sinxelos, e que constitúen magnitudes relativamente estáticas, polo menos dentro do exercicio.

E efectivamente así acontece cando a entidade local concerta tódolos seus empréstitos a tipo de xuro fixo, con cadros de amortización predeterminados, e sen que exista ningún outro elemento de incerteza. Neste suposto a carga financeira só se modificará ó incorporar novos empréstitos, e o nivel de endebedamento alterarase pola mesma causa e, ademais, anualmente con ocasión da liquidación de cada orzamento, ó variar os recursos liquidados por operacións correntes.

Non obstante, existen casos especiais en que o concepto de carga financeira pasa a ser dinámico e de máis difícil determinación ou, cando menos, predeterminación. Eses supostos xa os insinúa a propia LFL no seu artigo 54.5, cando establece que a imputación á carga financeira de operacións en divisas, a tipo de interese variable ou amplos períodos de carencia, se establecerá de acordo cos criterios que se fixen regulamentariamente.

Ende mal, non se cumpriu esta previsión da lei, e non se desenvolveu ata o momento tal norma regulamentaria. Polo tanto haberá que instrumentar tales supostos por un criterio de lóxica económico-financiera, tratando de determinar sistemas que nos acheguen ó principio de "imaxe fiel" neste caso da débeda da entidade local.

Para isto, analizaremos os distintos supostos considerados na lei, e formularemos a solución que, ó noso xuízo, procede en cada caso:

a) Empréstitos concertados en divisas. Dada a escasa relevancia deste suposto nos concellos galegos non merece un tra-

tamento exhaustivo. Non obstante, o criterio de cómputo adecuado entendo que podería ser semellante ó que imos indicar no apartado c) para os empréstitos a tipo variable, aínda que con algunhas matizacións.

b) Períodos de carencia. Resulta frecuente que os concellos concerten os seus empréstitos con períodos de carencia, na maior parte dos casos limitados ó período de disposición de fondos da conta de empréstito en que se concerta a operación. Calquera formulación que supoña adia-lo período de carencia máis alá do predeterminado para dispoñer dos fondos en que se concreta o investimento supón, ó meu xuízo, un encarecemento do conxunto da operación ó pagar un exceso de xuros en relación co que se pagaría de comezar a amortizar. Para este suposto, entendo que o cálculo correcto da carga financeira non pode deixar de imputa-lo dito empréstito aínda que non teña repercusión orzamentaria no exercicio corrente. Pero, de feito, a realidade indícanos que se trata dunha carga financeira potencial dun empréstito vivo que o concello asumiu. Por isto, entendo que se lle debe adicionar á carga financeira a primeira anualidade teórica de amortización completa do empréstito que se encontra en período de carencia.

c) Empréstitos a tipo variable. Resulta cada vez máis frecuente nos concellos a concertación de operacións a tipo variable. Sen entrar a analiza-las vantaxes e inconvenientes deste tipo de operacións, que será obxecto doutro apartado, si que debemos indicar que para efectos da carga financeira ten unha transcendencia grande posto que converte esta magnitude e o denominado “nivel de endebedamento”, en conceptos dinámicos suxeitos a variación practicamente diaria en función da evolución do tipo de referencia, normalmente o MIBOR a 3 meses, polo que, poderíamos falar neste caso de tres cargas financeiras:

■ Carga financeira prevista no exercicio: a derivada dos datos dos capítulos 3 e 9 do orzamento de gastos do exercicio. É a que se calcula no expediente de tramitación e aprobación do orzamento do exercicio, cando se produce a autorización inicial por parte do Pleno da Corporación sobre a previsión de operacións de endebedamento do exercicio corrente.

■ Carga financeira real para os efectos de establecer se procede a solicitude de autorización prevista no artigo 54.3 da LFL: a anterior, adicionando a carga financeira derivada da operación ou operacións proxectadas. É a que se calcula no expediente de tramitación de cada nova operación de empréstito. Neste suposto habería que incluí-la anualidade teórica de amortización tanto das operacións proxectadas como das que estean en pe-

río de carencia. Para o tipo aplicable ó cálculo podemos empregar varias opcións cando este sexa variable nalgún ou en tódolos empréstitos (tipo no día da data, tipo do último trimestre, tipo medio do último exercicio,... etc.). Posiblemente estes aspectos sexan resoltos no desenvolvemento regulamentario próximo da LFL en materia de endebedamento das corporacións locais.

■ Carga financeira realmente soportada no exercicio: a derivada dos datos da liquidación do orzamento do exercicio tanto en gastos, como en ingresos para os efectos de calcula-lo nivel de endebedamento. Para estes efectos, a LFAS pretende introducir certa solución á indefinición regulamentaria, aínda que parcialmente articulada e carente das concrecións necesarias que se lle seguen remitindo ó futuro desenvolvemento regulamentario. Non obstante, cómpre valora-lo establecemento dunha dotación material de "provisións con cargo ó remanente de tesourería", expresión que malia a súa falta de definición conceptual parece interpretarse como un "bloqueo" dunha parte do remanente de tesourería liberado para financiar futuros gastos, co propósito de preve-la evolución das cargas financeiras no futuro, ó remata-los períodos de carencia, ou a evolución da carga cando esta por depender dos tipos de cambio (moeda estranxeira) ou tipos de xuro de referencia (empréstitos variables) sexa de difícil determinación en exercicios futuros.

#### *Outros parámetros para determina-la capacidade de endebedamento dunha entidade local*

Se ben a normativa de aplicación establecía ata agora a carga financeira e a súa relación cos recursos ordinarios liquidados como a magnitude fundamental para determina-la capacidade financeira da entidade local, consideramos que sen nega-la importancia da dita magnitude existen outros parámetros tanto ou máis importantes e que, sen embargo, non merecían ningunha consideración, salvo as tímidas alusións dalgún artigo da LFL.

Cómpre loa-lo feito de que por fin a LFAS considere unha importantísima modificación do artigo 50 da LFL, e introduza unhas alíneas 5<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup>, 7<sup>a</sup> e 8<sup>a</sup> para engadir-lles ás vixentes, onde se pon de manifesto a importancia das ditas magnitudes á hora de determina-la capacidade de endebedamento dun ente local, e a necesidade de obrigar á adopción de plans de saneamento en circunstancias de aforro neto negativo superior ó 2 por cento dos recursos liquidados por operacións correntes, así como limitar e incluso imposibilita-la apelación ó crédito da-

quelas entidades locais que non cumpran os parámetros previstos na dita norma.

En consecuencia, tan importante como a carga financeira e o nivel de endebedamento son o aforro neto e a análise de repercusión orzamentaria dos investimentos que se pretenden financiar coa apelación ó crédito:

a) O aforro neto. O artigo 139 da LFAS, ó engadirlle entre outros unha alínea 5ª ó artigo 50 da LFL, está definindo os conceptos de aforro bruto e neto, así como as consecuencias destes parámetros para os efectos da posibilidade de endebedamento dunha entidade local.

Determinábase o "aforro bruto", pola diferenza entre os dereitos liquidados e as obrigas recoñecidas do último exercicio pola agrupación de operacións correntes, e exclúese dos primeiros a contía dos dereitos liquidados por contribucións especiais e os gastos imputados ó capítulo III. Así mesmo, exclúese calquera outro ingreso ou gasto que non teña a condición de corrente - suponse que do que se trata é de elimina-los gastos "non correntes" ou "non periódicos".

Así mesmo, o "aforro neto" obterase do anterior ó minora-la chamada "anualidade teórica de amortización", incluídos os xuros e as cotas de amortización de capital de cada un dos empréstitos pendentes de reembolso, así como a da operación proxectada que se pretenda concertar, calculados en termos constantes, calquera que sexa a modalidade e condicións de cada operación.

Malia as dúbidas que se formulan ó redor da "anualidade teórica de amortización" e da súa aplicación, que terá que ser clarificada de forma precisa no desenvolvemento regulamentario, hai que ter en conta a importancia da magnitude moi representativa da capacidade do endebedamento e que se deberá ter especialmente en conta no informe do interventor municipal previsto no artigo 53.1 da LFL. A evolución desta magnitude ó longo das sucesivas liquidacións orzamentarias tamén dará idea da súa dinámica, e forma unha visión a longo prazo da posibilidade de acceder pola entidade local a uns niveis de endebedamento.

b) A segunda circunstancia por considerar, que así mesmo incide tanto no aforro bruto como neto potencial dos exercicios orzamentarios vindeiros, é a análise da repercusión orzamentaria do investimento para financiar mediante endebedamento. En moitas ocasións, por simples necesidades de realización de investimentos a curto prazo acódese a financiar, mediante empréstito, investimentos que van prexudicar notablemente o aforro futuro, posto que:

■ Non lles xeran recursos correntes ás arcas municipais, nin directa nin indirectamente.

■ Xeran importantes gastos correntes que incrementan os correspondentes capítulos anuais.

Todo isto á parte do incremento de carga financeira que supoñen. Por isto, debíase de propoñe-lo hábito de realizar ante cada proxecto de investimento un estudio da súa repercusión orzamentaria futura, a través das adecuadas previsións de estudio custo/rendemento das mesmas. Non é que esteamos formulando unha visión exclusivamente economicista do investimento público. Dentro do rendemento tamén se deberá avalia-la repercusión social do dito investimento e o número de cidadáns que se verán beneficiados. Pero todo este conxunto de factores tanto de rendemento económico e incidencia orzamentaria, como de repercusión social, deberían ser analizados en todo caso, e moito máis cando se está propoñendo o acudir a recursos alleos que teñen un importante custo de financiamento, e que teñen así mesmo moitos usos alternativos.

c) Finalmente aínda que en íntima conexión cos apartados anteriores, habería que considera-las obrigas pendentes de pagamento produto da xestión ordinaria do concello, e poñer en relación os ditos pagamentos pendentes, tanto de exercicio corrente como de exercicios xa pechados, coas posibilidades de xeración de recursos para facerlles fronte ós mesmos. A situación dalgúns concellos en relación a provedores e contratistas resulta verdadeiramente difícil polas dificultades estruturais que se derivan dunha deficiente previsión orzamentaria. Todo isto aconsella acudir a novas operacións de endebedamento, sen reducir substancialmente as ditas débedas de "xestión ordinaria", partindo dun cálculo do orzamento máis rigoroso, autenticamente limitativo en gastos, en función dos recursos reais, evitando unha excesiva "xenerosidade" na previsión dos ingresos.

#### **4. Aspectos procedementais das operacións de empréstito**

En primeiro lugar, debe destacarse que un empréstito debe ser obxecto de cálculo do orzamento inicial no orzamento de ingresos da entidade, e determinar no anexo de investimentos que se achega co orzamento, cáles son os investimentos que se financian mediante o dito empréstito.

Por outra parte, no suposto de que non se prevexa no orzamento inicial, só se lle poderá incorporar ó orzamento definitivo a través dun crédito extraordinario ou suplemento de cré-

dito, como financiamento dos novos gastos incluídos no mesmo. Verbo do tratamento orzamentario e contable das operacións de empréstito, debemos significar dúas novidades importantes incorporadas á LFAS, a través da redacción da nova alínea 8ª do artigo 50 da LFL:

1) Non poderán adquirir firmeza os compromisos de gasto vinculados á obtención de ingresos por vía de concertación de operacións de crédito, ata tanto non se dispoña da autorización prevista no artigo 54.2, no suposto de que esta sexa necesaria.

2) Deberán cumprirse as previsións orzamentarias do capítulo 9 do orzamento de ingresos, na medida en que financian gastos afectados, salvo que tralo acordo do Pleno da Corporación, se substitúa o financiamento dos respectivos créditos orzamentarios por outras fontes, a través da tramitación dos expedientes de modificacións de crédito.

Outro aspecto destacable é o seu carácter contractual. As operacións de crédito formalizaranse a través dun contrato de empréstito, a natureza do cal vén sendo obxecto de discusión, que vén solucionar-la LFAS, aínda que con algunha inconcreción. O primeiro problema que se presenta respecto disto é o de catalogalo contrato de empréstito como administrativo ou mercantil, de acordo cos criterios da Lei 13/95, do 18 de maio de contratos das administracións públicas. A dita catalogación ten consecuencias prácticas moi transcendentales en canto á normativa de aplicación de cada unha das fases contractuais e, particularmente, en canto ós requisitos de publicidade esixibles, incluso a nivel comunitario.

O artigo 9.1 da Lei 13/95 dispón que os contratos non administrativos das administracións públicas se rexen, en canto á súa preparación e adxudicación, en defecto de normas administrativas específicas, pola propia Lei 13/95 e mailas súas disposicións de desenvolvemento. Non así en canto ós seus efectos e extinción que lle será aplicable o dereito privado.

Con independencia da necesaria profundidade doutrinal que require o tema formulado, e coas dúbidas propias da interpretación da nova normativa contractual a un suposto tan peculiar, o considera-lo contrato de empréstito como administrativo supón en canto ós seus efectos e extinción, o somete-lo dito contrato a unhas regras absolutamente incompatibles coa práctica financeira e que obstaculizaría ou impediría a apelación ó crédito das entidades locais e demais administracións.

Se incluímo-lo contrato de empréstito dentro dos denominados servizos financeiros do artigo 207.6 da Lei 13/95, formulándoo en consecuencia como contrato administrativo típico

de asistencia, teríamos, entre outras consecuencias absurdas, que a duración do mesmo non podería exceder dos límites previstos no artigo 199 da citada Lei 13/95 que prevé a duración máxima dos contratos de asistencia en 4 anos, salvo prórroga máxima de 2 anos, carente de sentido nun contrato de tales características, o que resulta absolutamente inadecuado para o obxecto do contrato: o financiamento a longo prazo dos investimentos públicos. Así mesmo, debemos considerar discutible que os contratos de empréstito cumpran a cualidade prevista na alínea b) do artigo 5 da Lei 13/95 para ser administrativos. Non parece claro que resulten vinculados ó xiro ou tráfico específico da Administración contratante, nin que satisfagan de forma inmediata unha necesidade pública. Xustamente ó contrario é o medio –non o fin– a través do cal se financia o que si resulta unha finalidade pública específica, o investimento concreto.

Non obstante, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, no seu Dictame 34/96 do 30 de maio, mantíña unha tese contraria, en resposta a unha consulta da Deputación Provincial de Granada. En esencia, considera que o contrato de empréstito é administrativo, incluíndo dentro dos servicios financeiros considerados no xa citado número 6 do artigo 207 da Lei 13/95, e obviando o inconveniente do prazo máximo de catro anos previsto para os contratos de asistencia no artigo 199.1 do mesmo texto legal, co argumento de que “queda xustificada polas prescricións da Lei 39/88, do 28 de decembro, non pola súa consideración de lei patrimonial, senón pola súa consideración de lei especial fronte á regulación do artigo 199.1 da Lei de contratos das administracións públicas e por non opoñerse á mesma, senón establecer unha regulación paralela dun extremo concreto- a posible duración dos contratos de empréstito bancario- que permite concluír que, neste extremo concreto, a citada Lei 39/88, do 28 de decembro, debe considerarse vixente de conformidade coa disposición derogatoria única da Lei de contratos das administracións públicas”. Nada lle hai que opoñer á clarísima vixencia da Lei 39/88. Non obstante o argumento pode resultar inapropiado por canto non entra na análise do carácter administrativo ou mercantil do contrato de empréstito, centrando a polémica nunha cuestión de prazos potenciais que non parece resolve-la LFL, por canto esta recolle o concepto de endebedamento a “medio e longo prazo”, polo que non serve de xustificación argumental para a pretendida prolongación da habilitación legal en materia de prazos do citado artigo 199.1 da Lei de contratos das administracións públicas.



Finalmente, a LFAS quere poñerlle fin á dita polémica, e introducirle unha modificación ó artigo 52 da LFL, non sen certa confusión, ó considerar como excluída do ámbito de aplicación da Lei 13/95, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas, toda operación de empréstitos con entidades financeiras de calquera natureza, coa súa actividade sometida a normas de dereito privado, sempre que as ditas operacións estean vinculadas á xestión do orzamento na forma prevista na sección 1ª do capítulo primeiro do título VI da LFL. Neste suposto, será aplicable o previsto na letra k) do artigo 3 da citada Lei 13/95, do 18 de maio.

Pola contra, no caso de que non existisen previsións orzamentarias respecto disto, sería aplicable o artigo 9 da Lei 13/95, tendo a consideración, polo tanto, de contrato mercantil non administrativo, pero sometido ás normas da dita lei, no relativo ós actos de preparación e adjudicación –os chamados actos separables– non así en canto ós seus efectos e extinción. Neste suposto pódese obvia-la posible aplicación do citado artigo 9, e en consecuencia someterase ó criterio xeral de aplicación da 3k) anterior cando se produza a oportuna adaptación do orzamento ou das súas bases de execución, como condición previa á viabilidade dos compromisos adquiridos para subscribi-la correspondente operación de crédito.

Na miña opinión, carece de sentido condiciona-la aplicación dunha vía ou doutra contractual, en función das circunstancias orzamentarias e non da natureza xurídica do contrato de empréstito. Ademais, e excluindo o caso específico das operacións de tesourería, a normativa non prevé ningún suposto de operación de endebedamento alleo ó orzamento, o que lle dá menos sentido ó diferente tratamento xurídico.

Malia a catalogación do contrato de empréstito típico como de “excluído” do ámbito da lei 13/95, cómpre non esquecer que o propio artigo 3 da dita lei indica que, aínda para os contratos excluídos, son susceptibles de aplicación os principios da mesma para as “dúbdas e lagoas” que a súa normativa específica poida ter.

En todo caso, parece claro que son de aplicación os principios de publicidade, concorrència e non discriminación que debe perseguir calquera actuación administrativa.

Para a tramitación das operacións de empréstito, entendo que o procedemento axeitado sería un procedemento concorrencial de corte similar ó concurso, aínda que obviando aqueles trámites e formalidades exclusivamente específicos da contratación administrativa. E entendo, ó meu xuízo, adecuado

e correcto non só dende unha perspectiva legal ou doutrinal, senón que desde o punto de vista práctico constitúe a forma máis obxectiva para que a entidade local se beneficie das mellores condicións posibles do mercado nuns momentos de importante competencia no sector. Un procedemento que supoña implanta-la necesaria obxectividade e garantía de menor custo posible da operación para a Administración actuante.

Os trámites procedementais que poderían resumi-la tramitación da operación, á vista da normativa de aplicación, poderían se-los seguintes:

- 1) Memoria da Alcaldía na que se sinalase a necesidade de acudir á operación, previamente prevista no orzamento.
- 2) Informe da Secretaría Xeral, ó igual que en todo expediente de contratación.
- 3) Informe da Intervención, co importante contido que prevé o art. 53.1 da LFL.
- 4) Aprobación dunhas bases nas que se recollan as condicións fundamentais das operacións ás que se deben suxeita-las ofertas (importe, prazo, modalidade de tipo de interese, criterios de adxudicación, documentación que presentar, etc.).
- 5) Publicidade no *BOP* ou nun xornal dos de maior tirada, con prazos para presentación de solicitudes.
- 6) Informe da comisión técnica ou do interventor no que se avalíen financeiramente as ofertas.
- 7) Adxudicación polo Pleno da Corporación, condicionada polo punto seguinte.
- 8) Se procede, autorización da Comunidade Autónoma.

## **5. Aspectos económicos: distintas modalidades de empréstitos**

Probablemente estamos atravesando un dos momentos máis positivos en moitísimos anos para a parte debedora nas operacións de empréstito ou crédito. A baixada dos tipos de xuro, con tendencia a reducións maiores nos próximos meses e a competencia feroz polos mercados cada vez máis difíciles por parte das entidades financeiras, que progresivamente ven con mellores ollos os empréstitos efectuados ás administracións públicas pola seguridade que comportan fronte a moitas incertezas desatadas polas sucesivas crises, nas operacións de empréstito ó sector privado, fan que as condicións das ditas operacións sexan cada vez máis favorables.

Por outra parte proliferan numerosas modalidades que por mor da inventiva da banca por facer máis “vendibles” os empréstitos chegan a modelos de amortización inimaxinables hai algún tempo. Vexámo-los supostos de máis presenza nas ofertas que recentemente se lles veñen efectuando ás corporacións locais:

a) Operacións a tipo fixo. Son as máis clásicas e de maior presenza nas corporacións ata hai poucos anos. Consisten nun tipo nominal estable durante toda a vida do empréstito, e dun sistema de amortización, normalmente se utiliza o denominado sistema francés, no que se pagan mediante un cadro de amortización predeterminado unhas cotas constantes e periódicas de amortización e xuros con carácter mensual, trimestral, semestral, anual... ou como se conveña. Para estes efectos é importante observar comparativamente o TAE ou Taxa Anual Equivalente naquelas ofertas en que a periodicidade de amortización sexa distinta, pois neste caso os tipos nominais non serían equivalentes.

*Vantaxes:* o principal atractivo deste sistema é a seguridade nas cotas periódicas e a determinación exacta da carga financeira e repercusión orzamentaria que nos anos de vida do empréstito se vai producir.

*Inconvenientes:* En circunstancias á baixa do mercado financeiro, é frecuente que os tipos queden desfasadamente altos con facilidade. Isto aconteceu con grande cantidade de entidades locais que se viron obrigadas a acudir a operacións de refinanciamento por encontrarse con tipos de xuro de ó redor do 12-14% desproporcionados nos últimos anos.

b) Operacións a tipo variable. Estanse a introducir cada vez máis. Consisten en aplicar, normalmente con carácter trimestral, un tipo de mercado de referencia, máis unha marxe ou diferencial. O tipo de referencia normalmente é o MIBOR –tipo medio do mercado interbancario de Madrid–, aínda que é posible a aplicación doutros (CECA, LIBOR, etc.).

*Vantaxes:* Sempre se está en tipos de mercado, polo que, o tipo aplicable evoluciona co mesmo.

*Inconvenientes:* Precisamente a vantaxe se pode transformar en inconveniente pola incerteza que supón de futuro, dada a imposibilidade de prever na longa vida dun empréstito, que tipos se poden alcanzar en cada momento. Esta incerteza pódese reducir substancialmente a través da introducción nas condicións do mesmo dunha banda de fluctuación entre a cal necesariamente se ha de move-lo tipo aplicable, exis-

tindo de tal maneira un tipo máximo e un tipo mínimo que funcionan como topes.

Normalmente, aínda que pode haber outros sistemas, a cota de amortización é constante, variando os xuros trimestrais en función das circunstancias sinaladas. Unha opción recente variante do tipo variable é a denominada TTV –Taxa e Tempo Variable–, consistente nunha cota de reembolso fixa que busca o efecto producido polo xogo de aplicar un tipo variable e a fixeza da dita cota, polo que a variabilidade se produce no prazo de amortización da operación cada vez que se modifica o tipo de xuro.

Presenta a vantaxe da estabilidade permanente da cota, pero non elimina as incertezas, pois aínda que difire o pagamento a unha maior duración empeoran as circunstancias de mercado, a entidade local podería acabar pagando globalmente tantos xuros como nun variable sen banda de fluctuación, tendo en conta ademais que no suposto de que o importe dos xuros correspondentes a algún trimestre fose superior a esta cota fixa trimestral, o prestameiro deberá aboa-la diferencia nese trimestre, polo que nin sequera está garantida a absoluta fixeza da cota en tódalas circunstancias.

c) Operacións de tipo mixto. Por exemplo, a típica de xuro fixo os primeiros anos e variable a partir dun período –2º ou 3º ano–, absolutamente inconveniente nestes momentos porque combina seguridade en actuais circunstancias favorables con incerteza futura en circunstancias non predicibles.

Outra opción é xustamente a contraria, a relativa a variable con opción a fixo. Esta pode resultar máis interesante nas actuais circunstancias, sobre todo se a opción a fixo é naquel momento do empréstimo en que decida o cliente –obviamente en circunstancias adversas de mercado–, e o tipo fixo que se poida optar se referencie a unha escasa marxe do tipo da Débeda do Estado a longo prazo, polo que sería un dos mellores fixos que puidese corresponder no momento en que se efectúe a opción.

Para concluír e sen descarta-la última opción analizada que ten importantes vantaxes, considero que nas circunstancias actuais a opción de tipo variable con banda de fluctuación é a máis conveniente para os intereses dunha entidade local, e isto por varias razóns:

1) A enorme competencia do sector fará asumible sen problemas a banda de fluctuación e incluso o establecemento dun tipo máximo sen banda mínima, e seguramente as ofertas formularán marxes estreitas sobre o MIBOR, de tal maneira que a entidade sairá beneficiada das circunstancias de mercado. As en-

tidades financeiras adoitan aplicar redondeos para determinalo tipo aplicable nas operacións a xuro variable, que polas escasas marxes coas que actualmente se traballa, son importantes de analizar. Estes redondeos son dunha fracción dun 1%, que se lle debe adicionar ó tipo resultante en cada período de amortización. Naturalmente canto menor sexa o redondeo maior vantaxe para a entidade local en canto a menor custo do empréstito. Hai que vixiar especialmente algunhas ofertas con redondeos "leoninos" de 1/4 ou 1/8 dun 1%. As entidades locais deben esixir un redondeo máximo de 1/16, ou incluso opcións sen redondeo. 2) O tipo máximo da banda de fluctuación elimina incertezas cara a diante durante a vida do empréstito. En moitos casos, estes tipos máximos son escasamente superiores ás ofertas a tipo fixo.

3) O tipo mínimo da banda de fluctuación pode xogar en contra da entidade local se os tipos de mercado se sitúan por debaixo deste. Non obstante é un efecto que se pode mitigar predeterminando nas bases a non admisibilidade de cláusulas de cancelación ou amortización anticipada, polo que se os tipos se chegan a consolidar por debaixo da banda mínima, se pode acudir a unha operación de refinanciamento.

4) Clarificar e reducir ó mínimo todo tipo de comisión bancaria, eliminando especialmente como xa quedou sinalado as cláusulas de amortización anticipada que poidan obrigar a un "matrimonio indisoluble" cunha entidade bancaria en condicións de mercado moi cambiantes e favorables.

Finalmente, débese considerar, á hora de escolle-la modalidade de empréstito, a tendencia á baixa dos tipos de xuro que previsiblemente continuará ó longo deste exercicio e que ten como referente o cumprimento dos obxectivos do Tratado de Maastricht. A pesar do anterior, cómpre non perder de vista en ningún caso que se falamos de endebedamento a longo prazo - 10/15 anos xeralmente- é impensable facer previsións ó longo deste período, polo que a modalidade escollida ten que ser necesariamente prudente e eliminar ó máximo as incertezas así como aproveita-las boas circunstancias actuais do mercado.

## Conclusiones

De todo o exposto anteriormente podemos inferir as seguintes conclusións:

1. Necesidade de revisar en profundidade o sistema financeiro das entidades locais, pois un síntoma importante da súa insuficiencia, é a continua apelación ó crédito que deben reali-

zar estas para o financiamento de importantes investimentos nos respectivos concellos.


2. Importancia de utiliza-las operacións de tesourería para corrixir desfases transitorios da mesma, e non para resolver vía "fuxida cara a adiante" problemas financeiros a longo prazo e estruturais que coas ditas operacións o único que se consegue é agrava-la situación de partida.

3. Á parte da carga financeira e do nivel de endebedamento hai outros factores como o aforro neto, e as análises de repercusión orzamentaria dos investimentos que deben determina-la conveniencia ou non de endebedarse e ata qué nivel facelo e para qué investimentos convén.

4. Expresa-la preocupación polo importante incremento da carga financeira das entidades locais nos últimos anos que, se ben cun repartimento desigual da mesma, produciu non poucas situacións difíciles nalgunhas corporacións.

5. Necesidade de suxeitarse ós principios de publicidade e de concorrencia, non só desde a perspectiva de cumprir co principio de legalidade, senón tamén para forzar ó máximo sistemas efectivos de concorrencia competitiva que represente un menor custo para as entidades locais.

6. Opción por modalidades de empréstito que ó beneficiarse das circunstancias de mercado reduzan ó mínimo as incertezas. Nunca atarse por comisións de cancelación anticipada.

7. Mirar con certas esperanzas a futura Lei de medidas fiscais, administrativas e de tipo social, na medida en que introduce novidades positivas na regulación do crédito local, malia certas confusións e imprecisións que obedecen seguramente á precipitación derivada da utilización da chamada "Lei de acompañamento", en lugar de busca-la cautela e o rigor propio dunha modificación lexislativa específica da Lei 39/88 reguladora das facendas locais, en todas aquelas materias que esta o requira. Cabe esperar do próximo desenvolvemento regulamentario unha maior precisión nos aspectos máis controvertidos, no sentido de elimina-las incertezas que aínda se presentan na regulación do endebedamento local. 





**XURISPRUDENCIA**





## Ficheiro de sentencias

Maxistrado do  
Tribunal Superior de  
Xustiza de Galicia

José Guerrero Zaplana

### 1

*Sentencia núm.:* 1102 *de data:* 25 de outubro 1996.

*Tribunal:* Sala do contencioso-administrativo do TSX de Galicia. Sección 3<sup>a</sup>.

*Ponente D.:* José Guerrero Zaplana.

*Materia:* Dereito tributario.

*Conceptos básicos:* Imposto sobre actos xurídicos documentados.

*Comentario:* Non están exentas do pagamento do imposto de actos xurídicos documentados as escrituras nas que se documentan os empréstitos con garantía hipotecaria subscritos no exercicio da actividade profesional; isto, segundo a redacción outorgada ó artigo 48.1.b) do Texto refundido do imposto segundo a Lei 33/87 de orzamentos xerais do Estado para 1988.

Doutrina emanada das sentencias dictadas polo Tribunal Supremo sobre a materia: xustificación sistemática e colocación do precepto dentro do título IV do Texto refundido; nula influencia da sexta directiva comunitaria e non aplicación da exención ó feito do outorgamento de escritura.

*Lexislación citada:*

- R.D. legislativo 3050/80 imposto de transmisión; artigo 48.1.b).
- Lei 33/87 de orzamentos xerais; exercicio 1988; art. 105.

### *Fundamentos de derecho*

I. Se interpone el presente recurso contencioso administrativo contra la resolución del TEAR de Galicia de fecha 31 de mayo de 1994 que desestima la pretensión de la parte ahora recurrente frente a la liquidación practicada por la Administración tributaria por el concepto de actos jurídicos documentados en relación con una escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el día 17 de noviembre de 1988 por el Banco de Comercio a la entidad ahora recurrente.

La entidad recurrente basa su pretensión anulatoria de la resolución recurrida en el hecho de que resulta aplicable el art. 48.I.B.19 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (R.D. Leg. 3050/80) en la redacción dada a dicho precepto por el art. 104.5 de la Ley 33/87 de 23 de Diciembre de Presupuestos para el año 1988, según el cual estarán exentos: "Los depósitos en efectivo y los préstamos cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, incluso lo representados por pagarés, bonos, obligaciones y títulos análogos".

II. La cuestión, ha sido tratada por abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se ha pronunciado de modo contrario a las pretensiones de la parte recurrente; también en esta Sala ha habido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones en el mismo sentido. No obstante, nos referiremos sólo a las Sentencias que ha dictado la Sala Tercera de T.S. en recursos extraordinarios de apelación e interés de la Ley.

La Sentencia de dicha Sala dictada el día 2 de octubre de 1989 se refería a la redacción dada por el art. 48.I.B.19 de la Ley 30/85 del I.V.A. (redacción anterior a la que ahora es objeto de este recurso) pero otra sentencia, dictada también en interés de la Ley, de fecha 9 de octubre de 1992 ha vuelto a pronunciarse sobre la cuestión y ha mantenido el criterio de la anterior: no están exentas del pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados las escrituras en las que se documenta un préstamo con garantía hipotecaria suscrito en el ejercicio de la actividad profesional.

Transcribimos a continuación los Fundamentos Jurídicos Segundo a Séptimo de dicha sentencia y ello pues da respuesta a las cuestiones que se han planteado por la parte recurrente:

- La interpretación sistemática y la colocación del precepto dentro del Título IV del Texto Refundido.
- La nula influencia de la Sexta Directiva Comunitaria.
- La referencia a que la exención se aplica a préstamos pero no a otro hecho imponible distinto como es el otorgamiento de escritura pública.
- El hecho de que los préstamos otorgados en el ejercicio de actividad profesional no estén sujetos al impuesto de transmisiones (pero sí al I.V.A.) no excluye que los demás préstamos hipotecarios si puedan estar sujetos a transmisiones patrimoniales por aplicación del art. 7.1.b. del Texto Refundido.

**“Segundo.** La sentencia objeto de este recurso extraordinario de apelación distingue, de una parte, los tres préstamos hipotecarios otorgados por entidades bancarias en el año 1987, documentados en escrituras notariales de 3 de febrero, 12 de febrero y 3 de noviembre, en cuanto a los que desestima los recursos contencioso-administrativos formulados contra las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo de La Rioja, que a su vez desestimaban las reclamaciones formuladas contra las respectivas liquidaciones, por entender que dichas liquidaciones por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados se referían a préstamos hipotecarios formalizados bajo la vigencia de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, que reguló el I.V.A., dando nueva redacción a la exención objetiva del art. 48.I.B.19 del Texto Refundido que había introducido la Ley 14/1985, de 29 de mayo, de Régimen Fiscal de determinados Activos Financieros, y que la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1989, dictada en un recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley, sienta como doctrina legal la no exención –debiendo añadirse que esta doctrina ha sido mantenida con posterioridad en sentencias de 3 de enero de 1991, 4 de febrero de 1991, 18 de marzo de 1991 y 9 de marzo de 1992, dictadas por la Sala Tercera en recursos de apelación ordinarios–; de otra, que la escritura de formalización de préstamos hipotecarios otorgada el 28 de marzo de 1988 está exenta del pago del impuesto como consecuencia de la nueva redacción que el art. 48.I.B.19 le dio el art. 104.5 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, por distinto del texto legal que configura la exención, no afectándole la doctrina legal establecida en cuanto a su anterior redacción, con un pronunciamiento en cuanto a ésta que estima el recurso y declara la nulidad de la liquidación practicada, que es de extremo que se impugna en este recurso extraordinario.

**Tercero.** El primer razonamiento de la sentencia recurrida se basa en que el art. 48 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados se halla incardinado en un Título cuyo epígrafe es "disposiciones comunes", por tanto con una vocación de generalidad que determina su aplicación a las tres modalidades impositivas que regula, excepto cuando su contenido específico deba prevalecer sobre aquella cláusula genérica, además de que la enumeración de las exenciones se inicia con un párrafo omnicompreensivo que no hace distinciones sobre la modalidad impositiva a que ha de aplicarse la exención, por lo que debe operar, en principio, sobre las tres que regula, razonamiento al que cabe objetar: A) El epígrafe del Título IV del Texto Refundido y el párrafo que encabeza su art. 48 mantienen la misma redacción que tenía cuando se dictó la sentencia de 2 de octubre de 1989, por lo que no puede argumentarse en favor de la exención con base en una nueva redacción que no afectó a dichos extremos. B) El referido párrafo primero del art. 48 alude a "los beneficios fiscales aplicables en cada caso a las tres modalidades de gravamen a que se refiere el art. 1º de la presente Ley", expresión "beneficios fiscales aplicables en cada caso" que excluye su generalización a las tres modalidades impositivas que regula. C) El art. 48.I.B. enumera cada una de las exenciones objetivas, especificando con detalle los hechos impositivos exentos, por lo que si la exención se refiere a los préstamos -su constitución-, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten, no cabe entender ampliada la exención a otro hecho imponible totalmente distinto, el otorgamiento de una escritura notarial en que se documenta la concesión por un banco de un préstamo hipotecario.

**Cuarto.** El hecho de que los préstamos hipotecarios otorgados por entidades bancarias en el ejercicio de una actividad empresarial no estén sujetos al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, rigiendo la Ley del I.V.A. y, en concreto, el art. 18.1.18 de la misma, no excluye que la exención que en este caso se cuestiona sea aplicable a otros préstamos no otorgados en el ejercicio de la actividad empresarial, pues el art. 7.1.B. incluye como transmisiones patrimoniales onerosas sujetas al impuesto la constitución de préstamos, sin condicionamiento o limitación alguna, siendo por ello rechazable el argumento de que carecería de sentido otra interpretación distinta a la que se mantiene en la sentencia recurrida.

**Quinto.** Se hace una breve alusión a los criterios de armonización legislativa comunitaria que inspira la 6ª Directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea, que en nada

afecta al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, ya que su art. 13 se refiere a la concesión de créditos, la negociación y prestación de fianzas, cauciones y otras modalidades de garantía.

**Sexto.** Por el contrario, la nueva redacción de la exención por el art. 104.5 de la Ley 33/1987, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, mantiene íntegramente la redacción anterior, añadiendo un párrafo que aclara cualquier posible duda que pudiera existir con anterioridad, al especificar que la exención se extiende al gravamen sobre actos jurídicos documentados que recaen sobre pagarés, bonos, obligaciones y demás títulos análogo emitidos en serie, por plazo no superior a dieciocho meses, representativos de capitales ajenos por los que se satisfaga una contraprestación por diferencia entre el importe satisfecho en la emisión y el compromiso a reembolsar al vencimiento, en la que, por supuesto, no se halla comprendido el documento notarial en que se constata la concesión de un préstamo hipotecario concedido por una entidad bancaria en el ejercicio de su actividad empresarial.

**Séptimo.** Siendo errónea la doctrina mantenida por la sentencia que se impugna en el extremo objeto del recurso extraordinario de apelación en interés de la Ley, la misma es también gravemente dañosa por los perjuicios que pueden ocasionar si la misma se mantiene, por lo que procede la estimación del recurso y, respetando la situación jurídica particular derivada del fallo que se recurre, fijar como doctrina legal la que interesa el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones; sin declaración sobre el pago de costas por no apreciarse la concurrencia de ninguno de los motivos a que se refiere el art. 131 de la Ley Jurisdiccional".

Por todo ello, al haberse establecido ya la doctrina legal por el propio Tribunal Supremo, y no habiéndose producido modificación legal alguna, no procede sino la confirmación de la resolución recurrida con expresa desestimación del presente recurso contencioso administrativo. Además, la doctrina sigue siendo mantenida por el Tribunal Supremo en nuevas y más recientes sentencias, como son la de 28 de noviembre de 1994 ó 29 de septiembre de 1995, las cuales citan las Sentencias dictadas en los recursos de apelación en interés de ley que hemos transcrito más arriba.

**III.** No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

*Fallo:* Desestimatorio.

*Sentencia núm.:* 1247 *de data:* 18 de decembro 1996.

*Tribunal:* Sala do contencioso-administrativo do TSX de Galicia. Sección 3ª.

*Ponente D.:* José Guerrero Zaplana.

*Conceptos básicos:* Retencións; pensións de invalidez.

*Comentario:* A Sentencia do Tribunal Constitucional do 29 de xullo de 1996 declarou inconstitucional e nulo o artigo 62 da Lei 21/93, do 29 de decembro de orzamentos xerais para 1994, no que se lle deu nova redacción ó artigo 9.1.c) da Lei 18/91, do 6 de xuño do IRPF, por canto suprimiu, só para os funcionarios públicos que se atopen en situación de incapacidade permanente absoluta, a exención do dito imposto. Entende o TC que se vulnerou o dereito á igualdade en canto que declarou exentas rendas de idéntica natureza (pensións por incapacidade permanente absoluta) cando o preceptor está no sistema da Seguridade Social e non cando está adscrito ó réxime de clases pasivas.

Non resulta procedente a retención a conta practicada ós recorrentes por conta do IRPF.

*Lexislación citada:*

- Lei 18/91 IRPF; artigo 91.
- Lei 21/93 orzamentos para 1994; artigo 62.1.c).

### *Fundamentos de derecho*

I. Se interpone el presente recurso frente a la resolución del T.E.A.R. de Galicia de fecha 24/1/95 que desestima la reclamación económico administrativa interpuesta frente a la retención a cuenta del pago del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que se practicó sobre el importe de la pensión por invalidez que perciben los recurrentes con cargo al régimen de Clases Pasivas del Estado, retención que se efectuó a partir del mes de enero de 1994; todo ello por la modificación que introdujo en el art. 9.1 de la Ley 18/91 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas el art. 62.1.c) de la Ley 21/93 de 29 de diciembre de 1993 de Presupuestos Generales del Estado para 1994.

Las pretensiones de la parte recurrente se basan en considerar que la nueva redacción del art. 9.1 de la Ley 18/91 ha supuesto una modificación contraria al ordenamiento y carente de sentido pues exige que para los casos (como el de los recu-

rrentes) de funcionarios que sean pensionistas por inutilidad o incapacidad permanente, que el grado de disminución física sea constitutivo de gran invalidez, cuando este grado no existe dentro del Régimen de clases pasivas. Además, considera que esta modificación legislativa no se puede establecer en una ley, como la de Presupuestos Generales del Estado, y ello por no ser el cauce normativo adecuado. Por último, entiende que el art. 62 de la Ley 21/93 de Presupuestos Generales del Estado para 1994 es inconstitucional por violación del art. 14 de la Constitución.

II. La cuestión que se somete a consideración de esta Sala, que no es otra que la aplicación a los recurrentes de la letra c) del párrafo 1 del art. 9 de la Ley 18/91 del IRPE, en cuanto exige que, para estar exenta del pago de dicho impuesto la pensión de invalidez que reciban los funcionarios públicos, debe estar relacionada con una disminución física o psíquica constitutiva de gran invalidez, ha sido resulta recientemente por la Sentencia de 29 de julio de 1996 del Pleno del Tribunal Constitucional; dicha Sentencia ha concluido declarando la inconstitucional y nulidad del art. 62 de la Ley 21/93 en mediante el que se dio nueva redacción al art. 91.1.c) de la Ley 18/91 "por cuanto ha venido a suprimir, sólo para los funcionarios de las Administraciones Públicas que se hallen en situación de incapacidad permanente absoluta, la exención de dicho impuesto".

Examinaremos el contenido de dicha Sentencia para comprender y valorar en su justa medida la conclusión de inconstitucionalidad a la que llega:

- Comienza examinando la redacción originaria del precepto así como su regulación en la Ley 44/78 en la que estas rentas estaban exentas de tributación.
- Las modificaciones establecidas por la Ley 21/93 las cifra en que deja exentas las pensiones por incapacidad permanente pero, en el caso de la Seguridad Social las prestaciones que quedan exentas son las correspondientes a incapacidad permanente absoluta y gran invalidez y, en el caso de los funcionarios públicos sólo permanecen exentas las de gran invalidez, no mencionando la incapacidad permanente absoluta.
- Después examina el T.C. la posible violación del art. 9.3 de la Constitución, concluyendo que no existe tal violación.
- Respecto a la denunciada violación del art. 14 de la Constitución (fundamento cuarto) establece el Tribunal que, para el caso de las pensiones reconocidas por la Seguridad Social, éstas estaban, antes de 1994, exentas las pensiones por in-



capacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, mientras que ahora sólo estaban exentas las de invalidez absoluta y gran invalidez.

Por contra, en el caso de los Funcionarios Públicos, antes de 1994, todas estaban exentas, pero, a partir de 1994, no estaba exenta ninguna clase de pensión pues en el régimen de clases pasivas sólo existe la incapacidad total y no la incapacidad absoluta ni la gran invalidez.

■ En base a lo anterior, examina el Tribunal Constitucional si los recurrentes tienen razón cuando denuncian una diferencia incompatible con el principio de igualdad ante la Ley; para ello determina que existe una homogeneidad en los términos de la comparación y, posteriormente, trata de determinar si existe o no justificación objetiva y razonable para esta diferencia de trato.

■ La conclusión se recoge en los Fundamentos Jurídicos Octavo y Noveno, que pasamos a transcribir:

“8. Por tanto, la conclusión es que la diferenciación introducida por la nueva redacción de la Ley 18/1991 entre las pensiones de invalidez permanente de la Seguridad Social y las de los funcionarios públicos vulnera el principio de igualdad consagrado en la Constitución porque, desde la perspectiva de la finalidad de la norma, carece de una justificación objetiva, razonable y proporcionada.

Dentro de los límites constitucionales, el legislador tributario goza de un ámbito de libertad de configuración. Por lo que respecta a las pensiones o prestaciones por incapacidad, puede optar, dentro del respeto a los principios y derechos que la Constitución consagra, entre considerarlas como riqueza que debe ser objeto de imposición, excluirlas del ámbito del hecho imponible del impuesto (como ocurrió bajo la vigencia de la derogada Ley 44/1978), o, en fin, como sucede ahora, declararlas exentas. Pero en el legítimo ejercicio de su libertad de opción política, lo que no puede hacer es contravenir los principios establecidos en el art. 14 C.E. y en el art. 31.1 C.E. Y es evidente que no se respeta el principio de igualdad tributaria cuando, como hace el art. 9.1 de la Ley 18/1991, se declaran exentas las prestaciones por incapacidad permanente absoluta si han sido reconocidas al sujeto pasivo por la Seguridad Social y no si tal incapacidad se padece por los funciones de las Administraciones Públicas que están integrados en el régimen de clases pasivas.

En efecto, al declarar exentas las rentas de idéntica naturaleza (pensiones por incapacidad permanente absoluta) cuando el perceptor está en el sistema de la Seguridad Social y no cuando

está adscrito al régimen de clases pasivas se vulnera el principio de igualdad tributaria y se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo como el que nuestra Constitución consagra en el art. 31. Pues ello supone una diferencia de trato que, como decimos, hubiera requerido una justificación objetiva y razonable.

9. En suma, el desarrollo argumental aquí seguido conduce directamente a la estimación del recurso y a declarar inconstitucional y consiguientemente nulo el art. 62 de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994, en el que se dio una nueva redacción al art. 9.1.c) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por cuanto ha venido, a suprimir sólo para los funcionarios de las Administraciones Públicas que se hallen en situación de incapacidad permanente absoluta, la exención de dicho Impuesto”.

Por todo lo anterior, y aplicando esta doctrina que emana de la Sentencia del Tribunal Constitucional que acabamos de transcribir, no procede sino la estimación íntegra de la demanda, ya que al anularse el precepto en el que se basó la Administración Tributaria, no resulta procedente la retención practicada a los recurrentes a cuenta del IRPF.

**III.** No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

*Fallo:* Estimatorio.

*Sentencia núm.:* 1256 *de data:* 18 de decembro 1996.

*Tribunal:* Sala do contencioso-administrativo do TSX de Galicia. Sección 3<sup>a</sup>.

*Ponente D.:* José Guerrero Zaplana.

*Materia:* Imposto de bens inmoables.

*Conceptos básicos:* Suxeición de saltos de auga.

*Comentario:* Os saltos de auga están suxeitos ó IBI coa aplicación da Lei 39/88 (aínda que non estaban co R.D. lexislativo 781/86). O concepto de edificio do artigo 62 é moi amplo e menciona outros elementos, que non son propiamente edificios, e que tamén se inclúen como tales. Varias resolucións do TEAC fan unha enumeración de tódolos elementos dos saltos de auga, e todos encontran acomodo na definición legal de edificio. Non é asimilable o salto do artigo 64.a) da lei.

O solo ten a consideración de urbano por aplicación do artigo 62.a).

*Legislación citada:*

■ R.D. 781/86; artigo 257.2.

■ Lei 39/88 de facendas locais; artigo 62.b).

### *Fundamentos de derecho*

I. Se interpone el recurso contencioso-administrativo contra la resolución dictada por el TEAR de Galicia de fecha 9 de Septiembre de 1994 que desestima la reclamación económico-administrativa interpuesta por la empresa ahora recurrente frente a la aprobación de la ponencia de valores complementaria de los Municipios de Monfero y Capela que aprueban la ponencia de valores complementaria que efectúa la valoración singularizada de la Presa del Eume.

II. El primer problema que se plantea consiste en determinar la sujeción al IBI de la presa y el salto de agua a la que se refiere el presente recurso contencioso; hay que decir que la pretensión de la parte recurrente de no sujeción se basa, en primer lugar, en el hecho de que la legislación anterior no sujetaba los saltos de agua a la contribución territorial urbana (art. 257.2 del R.D. Leg. 781/86: No se consideran construcciones a los efectos de la delimitación del hecho imponible en esta contribución: 2º Los saltos de agua comprendidos en las tarifas de la licencia fiscal de actividades comerciales o industriales) y, en segundo lugar, en el hecho de considerar que la actual redacción

del art. 62.b) de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales no permite incluir a los saltos de agua dentro de los supuestos de sujeción al impuesto.

Sin embargo, no pueden estimarse las pretensiones de la parte recurrente y ello pues, al amparo de lo establecido en el art. 62.b) de la Ley de Haciendas Locales, debe concluirse que, los saltos de agua tienen la consideración de bienes de naturaleza urbana a los efectos de la sujeción al impuesto de bienes inmuebles; diversas razones apoyan esta opción.

Bien es cierto que la actual definición de construcción no recoge la expresión, que si utilizaba el art. 256 del R.D. Leg. 781/86, de que se consideran construcciones "los edificios, en el más amplio sentido de la palabra", pero se ha cambiado dicha expresión por una definición de construcción que es aún más amplia que la que resultaba de aquella disposición; ahora construcción son "los edificios sean cualesquiera los elementos de que estén contruidos, los lugares en que se hallen emplazados, la clase de suelo en que hayan sido levantados y el uso al que se destinen, aun cuando por la forma de construcción sean perfectamente transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situados no pertenezca al dueño de la construcción".

Además de este amplísimo concepto de edificio, resulta que se consideran también como construcción, a los efectos de estar sujetos al IBI, tres elementos más:

■ Las instalaciones comerciales e industriales asimilables a los mismos, tales como diques, tanques y cargaderos (Art. 62.b.1).

■ Las obras de urbanización y mejora, como las explanaciones y las que se realicen para el uso de los espacios descubiertos, considerándose como tales los recintos destinados a mercados, los depósitos al aire libre, los campos o instalaciones para la práctica del deporte, los muelles, los estacionamientos y los espacios anejos a las construcciones (Art. 62.b.2).

■ Las demás construcciones no calificadas expresamente como de naturaleza rústica en el artículo siguiente (Art. 62.b.3).

La resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 29 de junio de 1994, apoyando la misma tesis que se defiende en esta Sentencia, ha efectuado una enumeración de las diversas instalaciones de que constan los saltos de agua, considerados en su conjunto, y ha venido a determinar como todas esas instalaciones tienen acomodo en los diversos aparatos de la definición legal de construcción a que nos acabamos de referir:

a) Encajan sin esfuerzo en el apartado 1 del art. 62, letra b) no sólo los edificios convencionales, sino también, en virtud del último inciso, las instalaciones industriales integradas en las centrales, incluyendo el dique o presa (expresamente citado por el precepto) así como los sistemas de impermeabilización y drenaje, las galerías y conductos que procesan, los aliviaderos, tomas de agua y desagües, los locales para las turbinas, generadores y transformadores, así como los dispositivos de control y observación y las instalaciones destinadas a albergar las máquinas, aparatos o artefactos y demás elementos necesarios para la actividad industrial.

b) Dentro del párrafo segundo se podrían incluir las vías de enlace de la central hidroeléctrica con la red general de carreteras así como los accesos desde aquellas a todos los puntos esenciales de la central; y ello pues dicho párrafo segundo considera como construcción las obras de urbanización y mejora y las que se realicen para el uso de los espacios descubiertos así como los espacios anejos a las construcciones.

c) El valor del embalse, la cimentación, los estribos de la presa y los sistemas de desviación del río tienen su acomodo como construcciones en el apartado 3 del mencionado artículo 62.b).

Por tanto, concluye dicha resolución del TEAC, seguida luego por otras de fechas 21 de diciembre de 1994 o 25 de enero de 1995, que el conjunto de edificios, instalaciones y construcciones que integran la central hidroeléctrica son bienes de naturaleza urbana, encuadrables, por ello, en el artículo 62.b de la Ley de Haciendas Locales.

III. La parte recurrente insiste, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, en el concepto de "edificio" y en la necesidad de su utilización para resguardar, albergar o cobijar algo. Esta naturaleza y finalidad la tienen varias de las instalaciones del salto de agua considerado como unidad productiva (edificios en sentido propio es donde está la maquinaria, o donde están las oficinas o donde trabajan los operarios) mientras que la mención de los "diques, tanques y cargaderos" que realiza el párrafo primero del art. 62.b) permite entender que no es una enumeración cerrada por lo que se puede incluir como tal también a lo que es propiamente el salto de agua.

No puede compartirse el criterio de la parte recurrente de que el salto de agua se aproxime más al concepto de máquina que al de edificio; más bien es exactamente al contrario. La realidad es que, el salto de agua, es un conjunto de edificios (en el sentido literal) con otras instalaciones que, si bien no son edificios en sentido literal, admiten ser encajados sin demasiado esfuerzo

dentro del concepto amplio de construcción al que se refiere el art. 62.b). La norma 5 del Anexo del R.D. 1020/93 (que cita la demanda en apoyo de sus pretensiones) no permite excluir de la consideración de construcción al salto de agua por asimilación a "máquina, artefacto o aparato"; más bien resulta que, como el acto de la edificación del salto de agua (y todas sus instalaciones anejas) es un acto sometido a licencia de obras según previene el art. 242 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, debe reafirmarse la consideración de construcción, según resulta del último párrafo de la misma norma 5.

En cuanto a la continuidad normativa, no puede ésta convertirse en criterio determinante de la sujeción o no al impuesto de los saltos de agua; la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Haciendas Locales establece una cierta continuidad en cuanto a la determinación de los valores catastrales (ya que el nuevo impuesto se exigiría sobre la base de los valores catastrales anteriores, y mientras no se fijaran los nuevos valores) pero ello no supone que los supuestos de no sujeción anteriores sean transplantables a la nueva regulación, que, además, establece claramente sus normas de aplicación y de definición del hecho imponible.

**IV.** También se solicita por la parte recurrente que, de no admitirse la no sujeción, se admita la exención del pago del impuesto, y ello por aplicación de lo establecido en la letra a) del art. 64 que considera que gozarán de exención los bienes del dominio público; y ello pues, según la Ley 29/85 de Aguas las instalaciones hidroeléctricas son de reserva dominical. Diversas razones impiden admitir esta pretensión de la parte recurrente:

- No basta con ser titular de una concesión para estar exento del IBI, es necesario que su uso reúna la condición de público y gratuito, cosa que no ocurre en el caso presente.
- El artículo 65 de la Ley de Haciendas Locales considera sujeto pasivo del impuesto de bienes inmuebles gravados, es decir, que si la concesión se lleva a cabo sobre bienes que están sometidos al IBI, el hecho de la concesión administrativa no permite, por sí misma, aplicar la exención prevista en el art. 64.a).
- El artículo 61 de la Ley de Haciendas Locales, al definir el impuesto de bienes inmuebles, considera que el hecho imponible puede estar constituido por la titularidad de una concesión administrativa, siempre que ésta recaiga sobre bienes de naturaleza rústica o urbana, que tengan dicha consideración según la propia Ley.

V. Respecto a la consideración de urbano del suelo ocupado por las instalaciones del salto de agua, e incluso, del lecho del embalse, basta con atender a lo establecido en el apartado a) del propio artículo 62; según dicho precepto, tienen la consideración de urbano (a efectos del IBI) "los terrenos ocupados por construcciones de naturaleza urbana".

Si hemos dedicado los fundamentos anteriores de esta resolución a determinar la naturaleza urbana de las construcciones ocupadas por el salto de agua en cuestión, no hay más que aplicar todo lo dicho hasta aquí para poder establecer que, precisamente por ello, la calificación que merece el suelo es de suelo urbano. Calificación que debe extenderse a los terrenos inundados que forman parte indisoluble del salto de agua considerado como unidad productiva.

Lo que no es posible es compartir los argumentos de la parte recurrente que, para oponerse a esta calificación intenta aplicar los criterios de pavimentación y encintado de aceras a un embalse olvidando el último inciso de dicho apartado a) del art. 62 que es el que debemos aplicar en el presente caso. Tampoco es aplicable al caso presente la normativa dimanante de la legislación del suelo, la cual efectúa la definición de lo que sea suelo urbano sobre parámetros totalmente distintos a los que resultan de la Ley de Haciendas Locales, que es precisamente, la que ahora debemos aplicar.

VI. El último motivo de oposición esgrimido por la empresa recurrente, es el que hace referencia a la valoración de las construcciones que consta en la ponencia de valores, valoración que considera que ha sido errónea ya que no ha aplicado adecuadamente los coeficientes correctores.

Tampoco puede estimarse este aspecto del escrito de demanda y ello pues no se concreta, ni en la demanda ni en el escrito de conclusiones, cual sea la valoración que la parte recurrente entiende como correcta, no determina cual sea la aplicación que considera más adecuada para la valoración ni cual debía ser la forma en la que se aplicarán dichos coeficientes. Además, no ha practicado, por no haberse propuesto así por la parte recurrente, prueba alguna que permita determinar cual sea la valoración que la parte recurrente considera más adecuada.

VII. No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

*Fallo:* Desestimatorio.

*Sentencia núm.: 7756/95 de data: 24 de xaneiro 1997.*

*Tribunal: Sala do contencioso-administrativo do TSX de Galicia. Sección 3ª.*

*Ponente D.: Farniscio Javier D'Amorin Vieitez.*

*Materia: Dereito tributario.*

*Conceptos básicos: Taxa e prezo público.*

*Comentario:* A tarifa G-3 de usos portuarios non ten, actualmente, a consideración de prezo público senón de taxa; isto é así trala publicación da Sentencia do Tribunal Constitucional 185/95 que expulsou do ordenamento os parágrafos a) e b) do artigo 24 da Lei 8/89 de taxas e prezos públicos; os servicios que retribúe a tarifa G-3 non reúnen os requisitos para seren considerados prezos públicos xa que non están a cargo do sector público nin son de solicitude e recepción obrigatoria.

Ó ter, agora, a consideración de taxa, está sometida a exacción desta tarifa ó principio de legalidade en materia tributaria; esixencia de legalidade que non se cumpre no caso concreto, pois, aínda que se creou por lei, a súa cuantificación efectuouse por orde ministerial.

*Lexislación citada:*

- Constitución; artigo 31.3.
- Lei 8/89; artigo 24.
- Lei xeral tributaria; artigo 10.

### *Fundamentos de derecho*

I. Se impugna a través del presente recurso acuerdo del TEAR de Galicia desestimatorio de reclamación económico-administrativa formulada por la entidad aquí recurrente contra liquidación girada por la Junta del Puerto de Marín y Ría de Pontevedra en concepto de Tarifa G-3, causada en el mes de diciembre de 1992.

Como quiera que los motivos de impugnación que aquí se esgrimen coinciden con los articulados por la misma entidad recurrente en el recurso contencioso-administrativo 7551/93, en el que recayera sentencia desestimatoria de esta Sala de fecha 28 de febrero de 1994, casada por la STS de 8 de febrero de 1996, procede reproducir aquí, en lo esencial, la fundamentación jurídica contenida en dicha sentencia.

II. En dicha sentencia del Tribunal Supremo se dijo: "... el tema no es nuevo para esta Sala, toda vez que precedentemente lo ha abordado en su sentencia de 25 de abril de 1995. Decía-



mos en aquella sentencia que la Tarifa portuaria G-5 (Embarcaciones deportivas) y por las mismas razones la Tarifa G-3 a que este pleito se refiere, constituye un precio público –no una tasa– y, por tanto, que resultaba amparándonos para ello en el concepto que de tales precios públicos resulta del art. 24 de la Ley 8/89 de 13 de abril de Tasas y Precios Públicos. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del TSJ de Galicia objeto de esta casación. Sin embargo, en el momento actual dicha doctrina debe ser revisada y no porque esta Sala patrocine ningún cambio de criterio sino porque en el momento de resolver aquí se ha dictado y publicado la TC Pleno S. 185/95, de 14 de diciembre de aplicación al caso con arreglo a su Fundamento Jurídico 10º... Expulsados del ordenamiento jurídico los párrafos –a) y b) del art. 24 de la Ley 8/89– es evidente que el concepto de “precio público” ha sufrido en nuestro derecho positivo una profunda modificación. Ahora precio público es un pago en dinero por la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen por Derecho Público, llevados a cabo por el sector privado, siempre que unos y otros no sean de solicitud o recepción obligatoria por venir impuesta en disposiciones legales o reglamentarias o constituir condición previa para realizar actividades u obtener derechos o efectos jurídicos... A la luz de la doctrina que antecede resulta necesario deslindar la naturaleza jurídica de la Tarifa G-3... la cuestión estriba en determinar si se trata de una tasa o de un precio público”.

“Tal como ha quedado redactado al tiempo de dictarse esta sentencia el art. 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos y con independencia de cualquier otro pronunciamiento que hubiere hecho esta Tribunal durante la vigencia de su redacción primitiva, es lo cierto que la Tarifa G-3 no puede calificarse ya de precio público”.

“Ciertamente, se trata de la prestación de unos servicios públicos en régimen de Derecho Público, pero: 1º) no están a cargo del sector privado, sino de organismo dependiente del Mº de Obras Públicas, y 2º) son de solicitud obligatoria por los administrados impuesta por disposiciones reglamentarias y, en cierta forma, constituyen condición previa o simultánea al ejercicio de actividades, de modo que la alusión del pago sólo podría tener lugar absteniéndose del servicio, lo que elimina la libre voluntad, como a dicho el T.C.”.

“Hay que concluir, por tanto, que la Tarifa G-3 no es identificable con el actual concepto de precio público. Por el contrario, en el momento presente, esta Tarifa es subsumible en el concepto de tasa”.

“Parece claro que el servicio que tiene por objeto la utilización de aguas del puerto y dársenas, las vías de comunicación y acceso al puerto, las estaciones marítimas, etc. y el disfrute de los servicios generales de policía beneficia a los sujetos pasivos, y además, es de solicitud obligatoria para quienes pretendan tales servicios portuarios, que implican intervención en la actuación de los particulares y son una manifestación del ejercicio de la autoridad”.

“A diferencia del caso anterior, hay que concluir aquí que la Tarifa G-3 en la actualidad se identifica como una tasa y, a mayor abundamiento, es una de las modalidades del hecho imponible que admite el art. 13.y) de la Ley 8/89, cuando dice que podrán establecerse tasas por la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público consistentes en: ... servicios portuarios y aeroportuarios”.

“De otro lado, la circunstancia de que en el momento de las tarifas haya de preverse un rendimiento razonable a la inversión en activos fijos no atenta al principio de equivalencia de las tasas, puesto que ese rendimiento se encamina a enjuagar gastos de reparaciones extraordinarias e imprevistas, insuficiencia en la cuenta de explotación o ampliación y mejora de las instalaciones, por lo que realmente tiene el carácter de un costo más del sistema de financiación”.

“La conclusión que antecede es absolutamente determinante de la solución de este litigio. Las tasas son tributos (art. 26.1.a) LGT) y como tales sometidas a la reserva de ley por tratarse de una prestación patrimonial de carácter público (art. 31.3 CE) y así venir exigido en el art. 10 LGT”.

“Esta exigencia sólo se cumple en parte en el caso de autos. Ciertamente la Tarifa G-3 fue creada por la Ley (Ley 1/1966, y Ley 18/85) donde se fijan el hecho imponible, el sujeto pasivo, la base, el devengo y las exenciones; sin embargo, su cuantificación ha venido haciéndose por órdenes ministeriales, de la que es último exponente la aquí impugnada de 17 de marzo de 1992”.

“Hemos visto que el TC ha declarado que la reserva de ley en materia tributaria exige que la creación ex novo de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo debe llevarse a cabo mediante una ley, pero se trata de una “reserva relativa”, en la que, aunque los criterios o principios que han de regir la materia debe contenerse en una ley, resulta admisible la colaboración del reglamento, colaboración que puede ser especialmente intensa en la fijación o modificación de las cuantías, siempre que sus parámetros funda-

mentales también estén contenidos en la Ley. De esta manera resulta que la liquidación practicada al amparo de una cuantificación de la tasa por Tarifa G-3 hecha en Orden Ministerial ha de considerarse nula, habida cuenta de que este elemento de la relación jurídico-tributaria debería haber estado contenido, cuando menos, en una disposición con rango de Real Decreto, ya que aquí no existe tampoco una ley que atribuya la potestad reglamentaria al Ministro”.

“Llegándose a la conclusión que antecede, resulta improcedente entrar en los restantes motivos de impugnación a que se refiere la recurrente (características de procedimiento recaudatorio en materia de precios públicos, principio de equivalencia de las tasas, vulneración del art. 95 Tratado de la CEE, etc.) toda vez que la solución a que debe patrocinarse es la de anulación de la liquidación impugnada por nulidad de la Orden ministerial que le sirve de cobertura”.

En similares términos se pronunció la STS de 2 de febrero de 1996.

Por todo ello, procede, con la estimación del presente recurso, anular la resolución el TEAR que aquí se impugna, así como la liquidación de que trae causa, sin perjuicio de las posibilidades que la Administración demandada ostente en virtud del dictado de normas convalidantes posteriores.

**III.** No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

*Fallo:* Estimatorio.

*Sentencia núm.:* 8494/94 *de data:* 24 de xaneiro 1997.

*Tribunal:* Sala do contencioso-administrativo do TSX de Galicia. Sección 3<sup>a</sup>.

*Ponente D.:* José Guerrero Zaplana.

*Materia:* Actos de trámite.

*Comentario:* O acto que anuncia a data de redacción da acta de previa ocupación e o comezo do período de información pública sobre a relación de bens e dereitos afectados pola expropiación, non esgota a vía administrativa pois non impide a continuación do procedemento senón que insta a continuación. Por isto, non é recorrible en vía contenciosa.

Concepto de actos de trámite; son aqueles que preparan o contido do acto resolutorio, non son recorribles para garantir que o procedemento poida continuar e non se obstaculice con continuos recursos.

*Lexislación citada:*

■ LEF; artigos 17, 20 e 52.

■ REF; artigos 17, 18 e 19.

■ Lei da xurisdicción contenciosa; artigos 82.c) e 37.1.

### *Fundamentos de derecho*

I. Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo frente al acuerdo de fecha 31 de agosto de 1994 del Ingeniero Jefe de la Demarcación de Carreteras del Estado que anunciaba la fecha para el levantamiento de las actas de previa ocupación así como el inicio del período de 15 días de información pública de la relación de propietarios afectados por la expropiación en la ejecución del Proyecto de Autopista del Atlántico A-9; tramo Rande-Puxeiros.

La demanda se basa en la necesidad de que se declare la nulidad del acto recurrido ya que en el mismo concurren toda clase de defectos procesales referidos a la indefinición de las fincas expropiadas y a las condiciones en que se lleva a cabo la expropiación.

La beneficiaria de la expropiación (la entidad Autopistas del Atlántico) plantea como primer motivo de oposición a la estimación de la demanda el que se refiere a la inadmisibilidad de la misma por haberse recurrido un simple acto de trámite que no susceptible de impugnación separada, tal como resulta del art. 82.c) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa en relación con el art. 37.1 de la misma Ley.

II. Para dar adecuada respuesta a la causa de inadmisibilidad planteada por la parte codemandada, hay que determinar si el acto recurrido es un acto de mero trámite (en cuyo caso no cabrá recurso independiente) o no (en cuyo caso si será posible su impugnación separada en esta vía contencioso-administrativa).

El concepto de actos de trámite que resulta de la Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo es conforme en entender, por un lado, que sólo son recurribles ante los Tribunales de lo Contencioso los actos que no sean de trámite, y, por otro, que sólo excepcionalmente se admite la recurribilidad de los actos de trámite. Del análisis de dicha jurisprudencia debe obtenerse la conclusión de que el acto ahora recurrido tiene naturaleza de acto de mero trámite.

Así, la Sentencia de fecha 16 de Marzo de 1993 establece que "sólo son recurribles en vía jurisdiccional las resoluciones o actos definitorios y no los actos de trámite, sin embargo estos resultan, por excepción también recurribles, cuando bajo la apariencia de actos procedimentales, no resolutorios del fondo del asunto, vienen de hecho a decidirlo bien por poner término al procedimiento o suspender o hacer imposible su continuación, como explicita el art. 37 de la Ley Jurisdiccional". En el mismo sentido la Sentencia de 12 de Diciembre de 1993: "Ha de recordarse que uno de los criterios de clasificación de los actos administrativos es precisamente el de la función que aquéllos desempeñan dentro del procedimiento y así se distinguen, por un lado, los actos de trámite, que preparan y hacen posible la decisión, dirigiéndose al mejor acierto de ésta, y, por otro, las resoluciones, que son las que deciden las cuestiones planteadas. Es una diferenciación que deriva de la propia estructura del procedimiento y de la que deriva un principio de concentración procedimental en virtud de la cual los actos de trámite no son impugnables separadamente: es al recurrir la resolución cuando podrán suscitarse las cuestiones relativas a la legalidad de los actos de trámite. Esta irrecurribilidad autónoma de dichos actos aparece expresamente reconocida tanto por la Ley de Procedimiento Administrativo -art. 113.1- como por la Ley jurisdiccional -art. 37.1- y encuentra excepción sólo cuando aquellos determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o decidan directa o indirectamente el fondo del asunto".

La sentencia de 15 de diciembre de 1987 estableció la justificación de la irrecurribilidad de los actos de trámite, justificación perfectamente válida para este caso: "Reiteradamente la ju-

risprudencia advierte que tal irrecurribilidad se justifica específicamente por la necesidad de impedir que un procedimiento ya de por sí complicado venga a convertirse en interminable con la interposición de recursos respecto de todos y cada uno de los actos iniciales o intermedios –sentencia de 24 de octubre de 1985–, con la salvedad naturalmente de que se impida la continuación del procedimiento, lo que no ocurre en el supuesto litigioso”.

En el procedimiento expropiatorio por la vía de urgencia, el párrafo segundo del art. 52 de la Ley de Expropiación Forzosa obliga a que se anuncie la fecha de levantamiento del acta de previa ocupación, así como permite (párrafo 3º) que en el acto de levantamiento del acta, puedan los interesados efectuar todas las alegaciones que tengan por conveniente.

Igualmente, los artículos 17 a 20 de la Ley así como los artículos 17 a 19 del Reglamento de Expropiación Forzosa establecen la necesidad de que se proceda a publicar la relación completa e individualizada de los bienes y derechos afectados por la expropiación y que se conceda un plazo de 15 días para alegaciones de los interesados (esto es lo que hace la resolución recurrida) y que después (art. 19.2 del Reglamento) se dicte un nuevo acto en el que se resuelvan las alegaciones y se determinen definitivamente los bienes y derechos afectados y sus titulares.

Por tanto, ahora, el acto que anuncia la fecha de levantamiento de las actas de previa ocupación e inicia el período de información pública sobre la relación de bienes y derechos afectados por la expropiación, no agota la vía administrativa pues no está impidiendo la continuación del procedimiento, sino que lo que se está haciendo es, precisamente, instar la continuación del mismo mediante el levantamiento de las actas y dando posibilidad a los particulares para que realicen sus alegaciones sobre la relación de bienes y derechos afectados que se ha publicado, alegaciones que se resolverán mediante otro acto posterior que es el recogido en el art. 19.2 del Reglamento.

La sentencia de 13 de octubre de 1987 consideró acto de trámite uno idéntico al que ahora es objeto de recurso, estableciendo su irrecurribilidad independiente del acto final resolutorio: “La simple resolución haciendo pública la fecha determinada en que las actas previas han de levantarse, no presupone, ni tiene más alcance, que el de notificar a los interesados el día y hora en que dicho trámite se va a efectuar. Mas este señalamiento ni pone término al expediente expropiatorio, ni concluye una de sus fases. Es tan sólo la fijación de la fecha para que los interesados, si a su derecho conviniere, asistan a tal efecto, y aduzcan

lo que a su juicio consideren oportuno en orden a situación, descripción, características y demás circunstancias del bien expropiado, debiendo tal acto ser calificado, como acertadamente se realiza por la sentencia de instancia como un acto de trámite, y como tal no susceptible de su impugnación en vía jurisdiccional por carecer de entidad para ello". Es decir, se permite que sea en el momento del levantamiento del acta de previa ocupación (art. 52.3 de la Ley de Expropiación Forzosa) cuando los afectados, ahora recurrentes, puedan efectuar todas las alegaciones que convienen a su interés que, ahora, se han recogido en el escrito de demanda y que no pueden ser acogidas en esta Sentencia por no haberse planteado en el momento procesalmente oportuno.

En parecido sentido, la sentencia de 16 de junio de 1987 hace recaer la consideración de acto de trámite del acuerdo iniciador del procedimiento sancionador en el hecho de su influencia en el procedimiento administrativo considerado en su conjunto "... porque la decisión no comporta ningún pronunciamiento definitivo en la vía administrativa, sino que realmente la inicia, ofreciendo una posibilidad de información de la que sin duda, formarán parte las alegaciones de los interesados, para llegar a una resolución definitiva sobre la que podrán deducirse, en forma legal, los recursos pertinentes". Algo parecido sucede en este caso en el que sólo se decide sobre la continuación del procedimiento de tasación pericial contradictoria acordando el trámite siguiente (que es el nombramiento del tercer perito) pero nada se decide sobre lo decisivo que es el importe total que debe considerarse como base imponible.

De todo lo anterior resulta que debe considerarse acto de trámite éste que, simplemente, acuerda fijar la fecha para el levantamiento del acta de previa ocupación, así como iniciar el período de 15 días de información pública sobre la relación de bienes y derechos afectados; en consecuencia, y al tratarse de un acto de trámite, y por aplicación de lo establecido en el art. 82.c) en relación con el 37.1 de la Ley de la Jurisdicción, dicho acto no es susceptible de recurso contencioso por lo que la demanda debe considerarse como inadmisibles.

**III.** No se hace imposición de costas (arts. 81.2 y 131 de la Ley Jurisdiccional).

#### *Fallamos*

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por ASOCIACIÓN DE AFECTADOS TRAMO RANDE-PUXEIROS AUTOP. ATLÁNTICO contra Acuerdo de 31/8/94 del Ingeniero Jefe de la Demarc. Carreteras Estado que anunciaba la información pública

sobre levantamiento de actas previas a la ocupación, Expte. expropiac. forzosa para obras Autopista Atlántico; t. m. de Vigo, dictado por DEMARCACIÓN DE CARRETERAS DEL ESTADO EN GALICIA; y en consecuencia, debemos declarar y declaramos inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a dicho acto. Sin imposición de costas.

## 6

*Sentencia núm.: 3 de data:* 16 de xaneiro de 1997.

*Tribunal:* Sala do contencioso-administrativo do TSX de Galicia. Sección 2ª.

*Ponente D.:* Juan Carlos Trillo Alonso.

*Materia:* Dereito sancionador.

*Conceptos básicos:* Delegación de facultades.

*Comentario:* Non é posible impoñer unha sanción en materia de tráfico pola Dirección Xeral de Tráfico, actuando ela por delegación do ministro correspondente. O artigo 127.2 da Lei 30/92 de procedemento administrativo común prohíbe a delegación no ámbito da potestade sancionadora, polo que o acto incorre en nulidade radical, por aplicación do establecido no artigo 61.1.b) da mesma lei.

*Lexislación citada:*

■ Lei 30/92; arts. 61.1.b) e 127.2.



**Primero.** Es objeto de impugnación en el presente recurso la resolución de la Dirección General de Tráfico 19 de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, desestimatoria del recurso alzada deducido contra otra de la Jefatura de Tráfico de A Coruña de 14 de diciembre de 1992, por la que se impone al recurrente una sanción de multa por importe de 50.000 ptas. y la privación del permiso de conducir por un mes.

**Segundo:** Dictada la resolución de la Dirección General de Tráfico por delegación del Ministro, de conformidad con el artículo 127.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que expresamente prohíbe las delegaciones en el ámbito de la potestad sancionadora, procede declarar la nulidad de pleno derecho de dicha resolución al haber sido dictada por órgano incompetente (artículo 61.1.b de la Ley citada), siendo de significar que el ejercicio de la función revisora en que consiste la resolución de un recurso, comprende una doble potestad, la genérica de revisar la resolución del inferior, y la específica de analizar la materia a que se refiere la resolución recurrida; lo cual supone ejercer idéntica potestad específica que la del inferior.

*Fallo:* Estimatorio.

*Sentencia núm.:* 107 *de data:* 6 de febreiro de 1997.

*Tribunal:* Sala do contencioso-administrativo do TSX de Galicia. Sección 2ª.

*Ponente D.:* Juan Carlos Trillo Alonso.

*Materia:* Concentración parcelaria.

*Conceptos básicos:* Impugnación de acordos.

*Comentario:* O réxime restrictivo de impugnación de acordos de concentración en vía contenciosa, interpretouno a xurisprudencia como un defecto procesual de escasa importancia ou unha lesión no valor que non chegue a 1/6 do valor, non ten virtualidade invalidante aínda que proceda acordar posteriormente compensacións restablecedoras da igualdade.

Os principios de proximidade do predio de substitución á casa de labor e de maior grao de concentración, non son absolutos, e, no caso en cuestión, tendeuse a isto e logrouse na medida en que o permite a realidade da zona.

Non se pode recorrer agora por cuestións que deberon ser recorridas ó aprobarse as bases da concentración.

*Lexislación citada:*

■ Lei 10/89 de concentración parcelaria para Galicia; art. 43.1.

### *Fundamentos de derecho*

**Primero.** Es objeto de impugnación en el presente recurso las resoluciones de la Consellería de Agricultura, Gandería e Montes de la Xunta de Galicia, de fecha 12 de diciembre de 1994, desestimatorias de los recursos de alzada deducidos contra otra de la Dirección Xeral de Estructuras e Desenvolvemento Rural, de 25 de junio de 1993, sobre acuerdo de concentración parcelaria de la zona Castro-Ponte, del municipio de Silleda.

**Segundo.** El artículo 43.1 de la Ley 10/1985, de 14 de agosto, de Concentración Parcelaria para Galicia, al igual que el artículo 218.1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, establece un régimen restrictivo de impugnación en la vía contencioso-administrativa de los acuerdos de concentración, limitando la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo a los supuestos de vicio sustancial en el procedimiento o de defecto en la apreciación del valor de las fincas, siempre que la diferencia entre el valor de las parcelas aportadas por el recurrente y las recibidas después de la concentración suponga, al menos, perjuicio de la sexta parte del valor de las primeras.

Tal régimen restrictivo de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) y a la plena revisión jurisdiccional de la actividad administrativa (artículo 106 de la Constitución), ha sido interpretado por la Jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 7 y 28 de junio de 1996), en el sentido de entender que dichos preceptos no suponen una exclusión parcial del control jurisdiccional, sino la fijación de los efectos que cabe atribuir a los vicios de que pueda adolecer la actuación administrativa en materia de concentración parcelaria, precisando, que un defecto procedimental de escasa importancia, no causante de indefensión, o una limitada lesión en la apreciación del valor de las fincas, cuando no llegue a la sexta parte del valor, no tienen virtualidad invalidante, aunque proceda acordar, en su caso, las compensaciones restablecedoras del principio de igualdad entre lo aportado y lo recibido.

Aplicando dicha doctrina al caso de autos, debe ser desestimada la alegación que en orden a la inadmisibilidad del recurso se formula por el Letrado de la Xunta en su escrito de contestación a la demanda.

**Tercero.** Entrando ya en el examen de los concretos motivos de impugnación de fondo que en la demanda se invocan, conviene empezar por significar que la proximidad de las finca de reemplazo a la casa de labor, al igual que el mayor grado de concentración, son dos principios inspiradores de la concentración parcelaria, recogidos con claridad absoluta en los artículos 1 al 8 de la Ley autonómica.

Ahora bien, necesario es distinguir entre lo querido por el legislador como finalidad a cumplir en la concentración, y lo que la práctica permite, debiéndose resaltar que no siempre, es mas, en raras veces, la realidad de la zona a concentrar permite un grado de concentración óptimo o una aproximación de las fincas de reemplazo a la explotación que idealmente aparece como necesario, pues partiendo de la consideración expuesta, no parece deducirse de los planos aportados al expediente, en el que figuran las fincas aportadas y las de reemplazo, que con el acuerdo impugnado no se hubiera conseguido un cierto grado de concentración y de aproximación de las fincas de labor a la explotación. Al respecto merece resaltar que las 42 fincas aportadas por el recurrente Sr. ... quedaron reducidas a 4 de reemplazo, y que las 5 aportadas por la Sra. ... se reducen a dos, y ello con una proximidad a la explotación que con anterioridad no se tenía dada la dispersión de parcelas que revela en los planos.

Curiosamente las parte recurrentes no interesan prueba en

esta vía jurisdiccional, cuando la cuestión analizada no puede ser resuelta favorablemente a sus pretensiones sin la práctica de una prueba rigurosa y contradictoria de los informes de los técnicos que intervinieron en la concentración.

**Quinto.** Resta por indicar que tampoco puede aceptarse sin la práctica de una prueba contradictoria una lesión en la sexta parte, pues de las valoraciones practicadas en los expedientes otra cosa resulta, debiéndose destacar que solicitaron que las fincas de reemplazo se concentrasen preferentemente en el polígono 7; que la clasificación de tierras y los coeficientes que han de servir de base para llevar a cabo las compensaciones corresponde a la fase de aprobación de Bases, sin que conste recurso sobre ella; y que son criterios edafológicos y productivos, y no otros los que han de tenerse en cuenta para la clasificación de las parcelas (artículo 21, 27 y 40 de la Ley autonómica).

*Fallo:* Desestimatorio.

## 8

*Sentencia núm.:* 125 *de data:* 13 de febreiro de 1997.

*Tribunal:* Sala do contencioso-administrativo do TSX de Galicia. Sección 2ª.

*Ponente D.:* Juan Carlos Trillo Alonso.

*Materia:* Dereito sancionador.

*Conceptos básicos:* Garantías do sancionado.

*Comentario:* En materia sancionadora non é posible alterar os feitos probados da proposta de resolución na resolución sancionadora se con isto se lle ocasiona indefensión á parte interesada; e isto, pois de admitirse esa alteración, privaríase da posibilidade dunha defensa axeitada ó interesado. O mantemento dos feitos e a variación da tipificación non supón infracción desa garantía.

Ó sancionarse por transporte de especies de talla antireglamentaria, hai que ter en conta que se as especies encontradas eran propiedade da empresa recorrente e as transportaba para vendelas nos seus centros comerciais, non se pode excusar en que o camión en que se efectuaba o transporte non era seu.

*Lexislación citada:*

- Lei 6/91, do 15 de maio, de infraccións en materia de protección de recursos marítimos pesqueiros; art. 12.2.b).
- Decreto 43/92, do 6 de febreiro.

### *Fundamentos de derecho*

**Primero.** Es objeto de impugnación en el presente recurso la resolución de la Consellería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura, de fecha 2 de enero de 1995, desestimatoria del recurso ordinario deducido contra otro de la Dirección Xeral de Marisqueo y Acuicultura, de fecha 25 de octubre de 1994, por la que se impone a la sociedad recorrente una sanción de multa de 600.000 pesetas, como autora responsable de una infracción prevista en el artículo 6, apartado 12 de la Ley 6/1991, de 15 de mayo, de infracciones en materia de protección de recursos marítimo-pesqueros.

**Tercero.** El pliego de cargos, o, en su caso, la propuesta de resolución, acotan el relato de hechos probados de las resoluciones sancionadoras, suponiendo su alteración en cuanto genera indefensión la nulidad de ésta por vicio esencial del procedimiento.

En el caso de autos, concretamente, y tal como sostiene la parte recorrente en su escrito de demanda, se produce en la resolución recurrida una alteración de los hechos imputados en la propuesta de resolución, al imputarse en ésta la comercialización de especies de talla antirreglamentaria, y sancionarse en aquella el transporte de las referidas especies; alteración que ni puede aceptarse como debida a un error mecanográfico sufrido en la propuesta de resolución, ni aunque lo fuera, justificaría la alteración producida, si en efecto ello supuso una merma en los derechos de defensa del recurrente.

La razón de ser de la inalterabilidad de los hechos probados en la resolución sancionadora con relación a la propuesta de resolución, no es otra que el demandado conocimiento por el interesado de los hechos que le son imputados, pues sólo con dicho conocimiento se hace viable una defensa adecuada; en

definitiva, la exigencia de la inalterabilidad es una consecuencia del derecho de defensa, y por lo tanto, sólo la alteración que hubiera disminuido los medios de defensa tiene virtualidad anulatoria.

Pues bien, en el supuesto de litis, difícil resulta comprender que merma en los derechos de defensa de la recurrente se han producido por la alteración anteriormente referenciada, cuando desde el inicio del expediente, concretamente con la notificación de la apertura del procedimiento sancionador, la recurrente tiene exacto y puntual conocimiento de los hechos que le imputan, al unirse al pliego de cargos notificado, y como integrador del mismo, la denuncia formulada por la Guardia Civil.

Podría la parte recurrente discrepar si su conducta debe tipificarse como acto de comercialización o como de transporte, pero ello es una cuestión jurídica que corresponde decidir en el momento de dictarse la resolución, no significando merma del derecho de defensa el que dicha valoración jurídica suponga una alteración de la hasta el momento tenida en cuenta en el expediente, siempre que los hechos permanezcan inalterados.

**Cuarto.** La circunstancia de que el camión en el que se transportaba la mercancía no pertenezca a la recurrente, como la de que su conductor no sea su empleado, no son motivos suficientes para entender que la recurrente no puede ser sancionada por el transporte, cuando consta en la denuncia, y no es objeto de contradicción, que la totalidad de los berberechos y de los percebes procedían del almacén que la recurrente tiene en el muelle de esta ciudad de A Coruña, y eran enviados por ella a distintos centros comerciales de la que es titular. Negar que fue la ordenante del transporte no parece de recibo, y limitar la imputabilidad al transportista tampoco.

**Quinto.** Tampoco puede estimarse el motivo de impugnación fundamentado en la falta de prueba de que las especies eran de tamaño antirreglamentario, debiéndose significar que la no expresión en la denuncia de la forma en que se procedió a su medición no es circunstancia suficiente para dudar del resultado de una mediciones practicadas por miembros de la Guardia Civil, pertenecientes al Servicio de Protección de la Naturaleza, y por ello conocedores de las disposiciones que regulan la medición, la cual obviamente no se pudo practicar en presencia de la recurrente.

*Fallo:* Desestimatorio.

*Sentencia núm.:* 144 *de data:* 20 de febreiro de 1997.

*Tribunal:* Sala do contencioso-administrativo do TSX de Galicia. Sección 2ª.

*Ponente D.:* Juan Carlos Trillo Alonso.

*Materia:* Autorizacións administrativas.

*Conceptos básicos:* Motivación.

*Comentario:* A resolución administrativa que denega a renovación dunha licenzia de armas previamente concedida, esixe suficiente motivación que xustifique o cambio de circunstancias respecto do momento en que se concedeu a licenzia.

Hai que retrotrae-lo procedemento para que a Administración se pronuncie, co fin de motiva-la resolución, sobre se continúan as circunstancias que permitiron a concesión da licenzia de armas como acto de autorización.

*Lexislación citada:*

■ R.D. 137/93; Regulamento de armas.

### **Fundamentos de derecho**

**Primero.** Es objeto de impugnación en el presente recurso la resolución de la Subsecretaría de Justicia e Interior, por la que en uso de las facultades delegadas por Orden Ministerial de 20 de junio de 1995, desestima el recurso ordinario deducido contra otra de la Dirección General de la Guardia Civil de 20 de octubre del mismo año, denegatoria de la licenzia de armas tipo "B".

**Segundo.** Conviene empezar por significar que lo solicitado por la hoy aquí recurrente no es una licenzia de armas tipo "B", sino la renovación de la licenzia que de tal clase le fue concedida por primera vez en el año 1988, pues una reiterada Jurisprudencia, de las que son claro exponente las sentencias del Tribunal Supremo de 12 y 15 de julio de 1996 -dos-, en los supuestos de renovación exige para las resoluciones denegatorias una motivación suficiente que exprese la variación de las circunstancias y condiciones en virtud de las cuales le fue otorgada anteriormente.

Pues bien, en el caso enjuiciado, ni en los informes previos a la resolución de la Dirección General de la Guardia Civil, ni en las resoluciones dictadas, se trata de expresar un cambio de las circunstancias y condiciones referidas, lejos de ello se ignora en la tramitación del expediente que lo solicitado es una renovación, lo que con claridad absoluta se deduce de la lectura

del escrito de solicitud, del escrito de interposición del recurso ordinario y de la documentación que con él se adjunta. Así las cosas, la estimación del recurso resulta obligada, si bien ha de ser parcial, pues la existencia de un cambio normativo desde la fecha en que fue concedida la licencia, concretamente por la entrada en vigor de un nuevo Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/93, de 29 de enero, que establece un régimen restrictivo para la concesión de licencias, ya expresado en la Ley Orgánica 1/92, de 21 de febrero, hace aconsejable que la Administración se pronuncie motivadamente sobre si las circunstancias concurrentes en la recurrente en el año 1988, aun cuando no hubiesen variado, son hoy suficientes para la renovación pretendida.

*Fallo:* Estimación parcial retrotrayendo el expediente.







**CRÓNICA**

**PARLAMENTARIA**



## Os grupos parlamentarios no dereito parlamentario galego

Lerrado do Parlamento galego.  
Profesor de dereito  
constitucional da  
Universidade de Vigo

Xosé A. Sarmiento Méndez

### Introducción

A diferenza do caso estatal o dereito estatutario galego coñece no artigo 12 alínea 4ª do Estatuto de autonomía unha referencia substantiva ós grupos parlamentarios ó dispoñer que o regulamento precisará o número mínimo de deputados para a formación de grupos, a intervención destes no proceso lexislativo e as funcións da Xunta de Portavoces daqueles. Tamén se prevé a participación dos grupos en tódalas comisións en proporción ó número dos seus membros.

Como se pode observar, o Estatuto obvia a determinación da natureza xurídica dos grupos, o que vén sendo unha importante discusión doutrinal no dereito constitucional e que tampouco no caso galego atopa unha fácil solución. Máis aló da consideración dos grupos coma correas de transmisión dos partidos po-

líticos no Parlamento podemos concluír co Tribunal Constitucional alemán que os grupos parlamentarios son *institucións necesarias da vida constitucional*, posto que non só dirixen e facilitan o desenvolvemento técnico dos labores parlamentarios, senón que son os verdadeiros foros de posicionamento político e de formación de alternativas<sup>1</sup>.

Esta caracterización de principio é claramente válida para o caso dos grupos pertencentes á minoría parlamentaria, que por definición non se atopan influídos no seu labor polo outro grande actor do réxime parlamentario racionalizado: o Goberno. Certamente para o caso do grupo ou grupos parlamentarios que apoian o executivo sería excesivo predicar-las funcións antes citadas, sobre todo a de ser lugar de creación de alternativas, cando resulta probado pola práctica institucional o seu claro sometemento ó impulso político do Gabinete que manteñen.

## 1. Número mínimo de deputados

Este requisito de existencia que considera o artigo 22 do Regulamento parlamentario autonómico supón a imposibilidade de constituír grupo parlamentario sen dispoñer dun mínimo de cinco deputados. Este requisito no caso galego implica contar co 6,6% dos 75 deputados que forman *de iure* a totalidade da Cámara, sendo máis agravado cá porcentaxe (1,4%), que con determinadas condicións é abonda para constituír grupo parlamentario no Congreso dos Deputados<sup>2</sup>. Non recibiría este número mínimo unha crítica demasiado desfavorable para o tratamento das minorías de non agravarse posteriormente a posición destas forzas políticas pola reforma da Lei electoral galega<sup>3</sup>, mediante a que a barreira que posibilita o acceso das minorías ó Parlamento se viu ampliada. Deste xeito, hoxe en día son dúas as importantes trabas que teñen os partidos minoritarios para atopar unha plasmación institucional forte: a superación en sede electoral da barreira do 5% e a obtención dun mínimo de cinco deputados que lle permitan a constitución de grupo parlamentario propio.

Este marco regulamentario vén a ser moldeado pola práctica política galega, que como é ben sabido coñece na actualidade unha situación de tripartidismo moi acentuado. Deste xeito un eventual novo partido que alcance representación parlamentaria gozaría previsiblemente de grupo parlamentario propio sen acadalos cinco deputados esixidos no regulamento, sendo tal grupo o previsto no artigo 24 baixo a denominación de Grupo Mixto.

<sup>1</sup> Cfr. BVerfGE 20, 56(104) entre outras, citada por J. P. Schneider no seu traballo "O réxime parlamentario" incluído na obra colectiva *Manual de dereito constitucional*, IVAP, Marcial Pons, 1996.

<sup>2</sup> Cfr., o art. 23.1 do Regulamento do Congreso dos Deputados, que o posibilita se as formacións políticas obtivesen o 15% dos votos das circunscricións nas que se presentasen, ou o 5% dos emitidos no conxunto do Estado. O debate sobre a elaboración deste artigo atópase no DSC, Comisión de Regulamento n.º 25 (1981), pág. 1187 e segs. e no DSC (sesión plenaria), n.º 179 (1981) pág. 10719 e segs.

<sup>3</sup> Así, entre outros, Vilas, Maiz, Rivera, Caamaño en *O sistema político galego*, Ed. Xerais, 1994, pág. 112 e segs.

## 2. Límites legais á constitución dos grupos parlamentarios

Con carácter previo, o dereito parlamentario galego impón a imposibilidade dos deputados de pertenceren a máis dun grupo parlamentario, previsión esta que se encontra en plena coherencia co Estado de partidos no que se desenvolve o parlamentarismo da segunda metade do século XX, e que recolle o requisito "ideolóxico" como integrante do grupo parlamentario, que vén a recolle-lo que denomina Antonio Baldasarre<sup>4</sup> relacións xenéticas que o grupo mantén co partido político do que derivan os seus compoñentes.

### a) *De fondo.*

Baixo esta denominación comentaremos aqueles que se impoñen con carácter esencial, é dicir, con independencia de problemas procesuais ou de carácter adxectivo. Así, establécese a imposibilidade de formar máis dun grupo parlamentario ós deputados que pertenzan a un mesmo partido ou coalición electoral. A *ratio* deste precepto parece clara, trátase de evitar que as forzas políticas maioritarias mediante a pormenorización dos seus membros poidan comete-la fraude de crear un número de grupos parlamentarios que lles tenda a restar protagonismo ás minorías. Se ben como sinalou Solé Tura<sup>5</sup>, e froito do xogo conxunto con outros preceptos regulamentarios, impídese tamén que forzas políticas minoritarias poidan acadar grupo propio unha vez obtidos os requisitos para constituílo como coalición electoral.

Desde o punto de vista esexético suscita problemas a expresión "que pertenzan a un mesmo partido ou coalición electoral" por canto se poden asimilar aqueles que fosen elixidos dentro de tales suxeitos electorais ou ben, nunha interpretación máis restrictiva a aqueles que teñan o carácter de militantes e, polo tanto, sexan afiliados ó partido de que se trate. A práctica parlamentaria vén atendendo á primeira das opcións citadas, especialmente cando os partidos tenden recentemente á incorporación nas súas candidaturas electorais de personalidades independentes.

O requisito que acabamos de analizar conta cunha excepción prevista na alínea 3ª do artigo 26 do regulamento, que contra a lectura literal do artigo 22, contén dúas e non unha excepción á regra xeral.

En primeiro lugar, cabe a posibilidade de que, iniciado un novo período de sesións, os deputados poidan incorporarse ó grupo parlamentario que desexen dos xa constituídos, co que se

<sup>4</sup> Cfr., Baldasarre, A., "I gruppi parlamentari comunisti", *Annali della Fondazione Giangiacomo Feltrinelli*, 1981, páx. 445-446.

<sup>5</sup> Cfr., Solé Tura, J., "O probable final da Minoría Catalana", *El País*, 5 de xuño de 1986.

lle ofrece ó deputado individual a posibilidade de cambiar de grupo cunha frecuencia alta (dúas veces ó ano), posibilidade esta que Fernando Santaolalla<sup>6</sup> entende viable para os supostos de deputados integrantes de coalicións electorais integradas nun mesmo grupo parlamentario e que, ó seu xuízo, non deberían estar obrigados a manterse nun mesmo grupo polo simple feito de concorrer coaligados á contenda electoral.

Por outra banda, prevese a posibilidade de que cando por calquera circunstancia se extinguiuse ou rematase a actividade do partido ou da coalición electoral polo que concorren, se constitúa por unha soa vez grupo ou grupos parlamentarios distintos, co cumprimento das outras esixencias previstas no regulamento.

*b) Formais.*

Un primeiro requisito de carácter temporal é o de que a constitución inicial dos grupos parlamentarios se deba facer dentro dos cinco días seguintes ó da sesión constitutiva do Parlamento. Aínda que non se di nada neste momento, os novos parlamentarios que tomen posesión do seu cargo con posterioridade á constitución do Parlamento disporán dun prazo igual de cinco días para a súa incorporación ó grupo de que se trate, tal e como se explicita posteriormente no artigo 25 do regulamento galego.

Un estudio detido merece o escrito que se lle debe dirixir á Mesa no que se lle comunica a constitución do grupo parlamentario. O contido deste escrito debe ter tres aspectos fundamentais.

En primeiro lugar, e como requisito inescusable deberá ir asinado por tódolos que desexen constituí-lo grupo, o que se presenta como perfectamente lóxico polas funcións que posteriormente se lles atribuirán ós representantes legais do grupo (os voceiros), que chegarán ata o punto de presumir a unidade de criterio de tódolos membros do grupo nos supostos de exercicio do voto ponderado por parte do voceiro.

En segundo lugar, no escrito deberá constar a denominación do grupo, aspecto este que pode provocar problemas importantes de axuste entre a denominación legal dos partidos políticos que concorreron ás eleccións e a que pretendan adoptar como grupo parlamentario. En todo caso parece esixible un mínimo de coherencia entre a denominación partidaria ou electoral e a do grupo parlamentario, tendente sobre todo a garantir a máxima transparencia e identificación dos operadores políticos por parte da opinión pública. O antedito non obsta a posibilidade como recoñeceu o Tribunal Constitucional respecto da de-

<sup>6</sup> Cfr., Santaolalla, F., *Dereito parlamentario español*, Espasa Universidade, páx. 143.

nominação dos partidos, de que unha mesma corrente ideolóxica poida ter diversas expresións partidarias que, "consecuentemente, leven a denominacións que poidan parcialmente coincidir, sempre, claro é, que non confundan, especialmente os electores"<sup>7</sup>.

O último dos requisitos afecta á necesidade de expresar nidiamente o nome de tódolos membros do grupo, do seu voceiro, e dos deputados que eventualmente o poidan substituír. A esixencia de expresa-lo nome de tódolos membros preséntase certamente como reincidente co requisito da sinatura da solicitude de constitución por todos eles, entendemos que deberá existir unha total coincidencia entre os que solicitan a constitución do grupo e os que o integran. Só pode ter esta previsión regulamentaria o sentido de proporcionar unha total claridade de quén serán os suxeitos integrantes do grupo, clarificando en todo caso quén son os titulares das rúbricas que instan a constitución do mesmo.

Respecto da designación do portavoz e dos deputados substitutos do mesmo non cabe facer máis observacións cás xa apuntadas respecto da grande transcendencia das funcións desenvolvidas por este e, polo tanto, da necesidade da máxima transparencia na súa designación. Neste punto o noso dereito presenta un enfoque pouco intervencionista e excesivamente respectuoso coa autonomía grupal, a diferenza, por exemplo do caso italiano, onde, como nos recorda Di Ciolo<sup>8</sup> o escrito dirixido polo grupo ó presidente da Cámara debe conter tamén o nome do vicepresidente do grupo e do secretario do mesmo.

Esta designación provocará, desde o punto de vista práctico, a súa pertenza *intuitu personae* á Xunta de Portavoces e a necesidade da súa sinatura, con carácter inescusable, para a presentación de instrumentos parlamentarios propios e exclusivos dos grupos (por exemplo, proposicións de lei).

De igual xeito, e aínda que nada se diga respecto disto, entendemos que unha eventual revogación do cargo de voceiro se deberá producir pola vontade, canto menos maioritaria, dos membros do grupo de que se trate, e a través das mesmas formalidades requiridas para a súa designación.

### **3. Grupos parlamentarios non partidarios**

Aludimos con esta denominación a aqueles grupos parlamentarios que non axustan necesariamente a súa composición á dun partido político ou coalición electoral da que derivan os seus membros. Isto é así por canto a pesar de que os grupos par-

<sup>7</sup> Cfr., Fundamento xurídico 4º da STC 85/86, do 25 de xuño. Recollida por José Antonio Portero Molina no seu libro:

*Constitución y Jurisprudencia constitucional (selección)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

<sup>8</sup> Vid., di Ciolo, Vittorio, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica. Aspetti generali e profili strutturali*, Giuffrè editore, Varese, 1980, páxs. 276-277.



lamentarios se presentan como a consecuencia natural do xogo político dos partidos, é posible que nas cámaras se formen grupos parlamentarios nos que a presenza dos partidos non sexa única e, polo tanto, non haxa unha total correspondencia entre o binomio partido político - grupo parlamentario.

*a) Deputados asociados.*

Unha primeira posibilidade que modula a correspondencia entre partido e grupo é a dos deputados que ó non seren membros de ningún grupo parlamentario dos constituídos desexen asociarse a algún deles. Tal asociación producirase mediante unha solicitude que deberá estar aceptada polo voceiro do grupo ó que se pretenda asocio-lo deputado, o que serve para presumir-la vontade canto menos maioritaria dos membros do grupo parlamentario a favor da asociación do deputado de que se trate.

O regulamento galego, establece que o escrito se lle debe dirixir á Mesa da Cámara dentro do prazo de cinco días establecido para a constitución inicial dos grupos parlamentarios. Isto presenta a dificultade práctica de que, ó superpoñerse os prazos de constitución dos grupos e de posible incorporación dos deputados asociados, se obstaculice a existencia desta figura do deputado asociado.

O estatus xurídico do asociado supón o seu cómputo para a determinación dos mínimos que se establecen para a constitución dos grupos parlamentarios, o que choca coa redacción literal do artigo 23, alínea 3ª na que se fala da incorporación dos deputados asociados ós grupos parlamentarios xa *constituídos*. Tamén se terán en conta os asociados para os efectos de fixa-lo número de deputados de cada grupo nas distintas comisións parlamentarias.

*b) Grupo mixto.*

O dereito galego descoñece a figura do deputado non adscrito, é dicir, por imperativo regulamentario tódolos deputados deberán pertencer a algún dos grupos que existan na Cámara, de tal xeito que, de acordo co artigo 24 do Regulamento do Parlamento de Galicia todos “quedarán necesariamente incorporados ó grupo mixto polo vixente período de sesións”.

A ausencia de incorporación a un grupo parlamentario “nos prazos sinalados” suscita a problemática xa mentada respecto do cómputo dos cinco días no suposto dos deputados asociados, ademais da incorrecta referencia en plural ós prazos xa que como acabamos de comentar existe un prazo único de cinco días.

A vinculación ó vixente período de sesións respecto da incorporación ó grupo mixto é correlativa á posibilidade que posteriormente se comentará de cambio de grupo parlamentario ó remate de cada un dos períodos de sesións, pero preséntase como especialmente inútil nos supostos nos que a constitución do novo Parlamento se produza nos meses finais dun período de sesións determinado.

#### **4. Dinámica dos grupos parlamentarios**

Os grupos non se presentan como suxeitos da actividade parlamentaria de carácter estático. Moi ó contrario adoitan experimentar notables variacións ó longo da súa vida, froito da natureza voluntaria que ten a incorporación do deputado ó grupo e, en último termo, da prohibición do mandato imperativo que consagra o noso ordenamento xurídico. En efecto, a imposibilidade de que os partidos ou organizacións a través das que os deputados lograron o seu escano vinculen a pertenza destes a determinado grupo parlamentario posibilita que os parlamentarios poidan abandonar o grupo ó que inicialmente se adscribisen, suscitando unha rica problemática xurídico-constitucional.

##### *a) Deputados incorporados*

Unha manifestación da independencia do deputado que acabamos de comentar considérase á hora de regular a situación dos novos parlamentarios incorporados ó pleno da Cámara nun momento posterior á realización da sesión constitutiva. Podería pensarse, no seo dunha democracia de partidos, que o deputado que adquire a condición de tal por substituír a outro membro da lista electoral na que concorreu ós comicios, quedase adscrito de xeito automático ó mesmo grupo parlamentario do deputado substituído.

Nembargantes, a substitución que estamos a tratar supera o carácter continxente ou temporal para transformarse nunha auténtica "substitución de mandato". Por este motivo, o artigo 25 do Regulamento do Parlamento de Galicia establece os mesmos requisitos para a incorporación ós grupos parlamentarios dos novos deputados respecto dos que o foron dende a sesión constitutiva da Cámara.

Igualmente, e se se acentúa un certo carácter oligárquico do funcionamento grupal sobre o que Triepel<sup>9</sup> xa mostrara reticencias, esíxese a aceptación (entendemos que escrita) do portavoz do grupo parlamentario correspondente, fixando a adscripción residual ó grupo parlamentario mixto no suposto de non incorporarse a algún dos grupos parlamentarios xa existentes.

<sup>9</sup> Cfr., Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien* en Lenk y Neumann, *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Editorial Anagrama, páxs. 187 e segs.

*b) O abandono do grupo parlamentario.*

Atopámonos ante un dos problemas de carácter político máis complexo, xa que o coñecido como “transfuguismo político” representa a tensión existente entre o criterio político individual do parlamentario e as instrucións dos órganos do grupo parlamentario ou mesmo do partido político, e incluso a dialéctica que pode existir entre o contido do programa electoral baixo o que foi elixido o parlamentario e a práctica política seguida polo partido no sucesivo.

A regulación do artigo 26 do RPG decántase a prol de defende-lo criterio do deputado individual, no marco da prohibición do mandato imperativo tantas veces referida. Deste xeito, se o deputado abandona o grupo débese encadrar necesariamente no grupo mixto durante o vixente período de sesións, co que se limita certamente o criterio do deputado, que deberá esperar, cando menos, a duración dun período de sesións para poderse incorporar a outro grupo parlamentario existente distinto do mixto.

*c) A disolución dun grupo parlamentario.*

Trátase dunha posibilidade que se produciu en repetidas ocasións nas primeiras lexislaturas do Parlamento galego, así como no seo das distintas asembleas lexislativas das comunidades autónomas. Na actualidade é un evento de máis difícil acacemento polo alto nivel de estabilidade política que se acadou no sistema de partidos galego.

A alínea 2ª do artigo 26 do RGP establece que no suposto de reducirse durante o transcurso da lexislatura a un número inferior á metade do mínimo esixido para a súa constitución, os grupos quedarán disoltos e os seus membros pasarán automaticamente a formar parte do Grupo Mixto. Un primeiro aspecto subliñable é a expresión utilizada polo artigo “durante o transcurso da lexislatura”, que parece claramente redundante xa que os grupos parlamentarios non teñen vixencia máis aló da duración da Cámara.

En segundo lugar, “a redución a un número inferior á metade do mínimo esixido” vén supoñer na práctica que o grupo de que se trate quede con só dous deputados. Opinamos que o lexislador galego optou pola expresión citada para efectos eufemísticos, polo claramente reducido que é un grupo constituído por dous membros.

Por último, a disposición final establece a adscripción obigatoria ó Grupo Mixto dos deputados pertencentes a un grupo parlamentario disolto de xeito parello ó previsto na alínea 1ª

do artigo que estamos a comentar para o suposto do abandono dun grupo parlamentario.

*d) A constitución de novos grupos parlamentarios.*

Trátase dunha posibilidade que se dá, unida comunmente á comentada no apartado anterior, isto é, a disolución dun grupo parlamentario. O regulamento prevé que iniciado un novo período de sesións os deputados se poderán incorporar ó grupo parlamentario que desexen, dispoñendo que só para o suposto de que se extingue ou rematase a actividade do partido ou coalición electoral polo que concorren, poderían constituír, por unha soa vez, grupo ou grupos parlamentarios distintos.

Resulta un tanto críptica a expresión regulamentaria "só para o suposto de que por calquera circunstancia se extingue ou rematase a actividade do partido ou coalición electoral" e, ademais, suscita a dificultade para os órganos rectores da Cámara, singularmente a Mesa, de entrar a constatar se realmente se deu un cesamento efectivo de actividades. En definitiva, pensamos que o xeito máis útil de constata-la realidade partidaria será acudir ó rexistro de partidos políticos existente no Ministerio do Interior.

Por último, a creación destes novos grupos parlamentarios debe de contar coas mesmas esixencias previstas no regulamento para a constitución dos grupos despois da sesión constitutiva da Cámara.

## **5. Financiamento dos grupos parlamentarios**

A problemática do financiamento grupal atópase comunmente mesturada coa do financiamento dos propios partidos políticos, aínda que a lexislación reguladora de ámbolos temas tende a delimita-la posible comunicación de fondos entre estes dous suxeitos.

O regulamento galego establece no seu artigo 27 que o Parlamento poñerá a disposición dos grupos parlamentarios, locais e medios materiais suficientes, sen determina-lo criterio conforme ó que se fará a distribución deles. Todo parece indicar que, de acordo co previsto para a distribución da subvención económica, a asignación de locais e medios se fará proporcionalmente ó número de deputados que integran cada un dos grupos.

A subvención económica conta con dúas partes diferenciadas. Unha idéntica e fixa para tódolos grupos e outra variable en función do número de deputados que os integran. Resulta re-

chamante a expresión regulamentaria que lles limita as contías das subvencións ós grupos dentro das correspondentes consignacións orzamentarias, pola súa ausencia de virtualidade, xa que como é ben sabido, a Mesa aproba o orzamento parlamentario sen ningunha vinculación externa do executivo autonómico.

O órgano encargado de controla-los aspectos referidos ó financiamento dos grupos, así como a contabilidade específica que da mesma levan estes, é a Mesa do Parlamento, sen prexuízo do control que o Consello de Contas poida exercer sobre os fondos en canto que son xestionados por unha parte da Administración pública galega que se somete voluntariamente á súa xurisdicción<sup>10</sup>. Dentro desta liña de cousas e para referirse ó caso estatal, Pilar del Castillo defende a inclusión na rendición de contas que os partidos políticos deben facer perante o Tribunal de Contas das cantidades aboadas ós grupos parlamentarios, atendendo a dicción literal do artigo 11.2 da Lei de financiamento dos partidos políticos<sup>11</sup>.

Seguindo a práctica común do dereito comparado<sup>12</sup> o noso regulamento parlamentario recoñécelles unha total autonomía ós grupos para distribuí-los fondos que a Cámara lles proporciona, polo que, sempre que se respecte a finalidade parlamentaria (concibida esta en sentido amplo), a utilización deses recursos resulta infiscalizable nos seus fins.

## 6. Igualdade de dereitos dos grupos parlamentarios


A regulación autonómica dos grupos complétase cunha declaración xenérica en certa medida teórica respecto da igualdade de dereitos con que contan tódolos grupos parlamentarios existentes na Cámara galega. Atopámonos ante o que W. Schmidt denomina "principio de igualdade de oportunidades", e que se manifesta en que o exercicio do mandato e de determinados dereitos dos deputados nunca se pode facer depender da pertenza a un grupo parlamentario<sup>13</sup>. Esta proclamación é consecuencia obvia do artigo 1º da Constitución española que consagra o pluralismo político como valor superior da orde constitucional. Nembargantes, a práctica parlamentaria desmente tódolos días esta presunta igualdade grupal, e así, a expresión do artigo 28 "coas especificacións previstas no presente regulamento" vén supoñer na práctica que importantes funcións parlamentarias quedarán atribuídas a aqueles grupos que dispoñan dunha quinta parte dos deputados da Cámara (así a solicitude de comparecencia do Goberno).

<sup>10</sup> Pode consultarse neste sentido, entre outros, o traballo de Ameijenda Cuns publicado na *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 12, EGAP, Santiago de Compostela, 1996.

<sup>11</sup> Cfr., del Castillo Vera, Pilar, "La financiación pública de los partidos políticos y su impacto en las instituciones representativas" na obra colectiva *El parlamento y sus transformaciones actuales*, Ed. Ángel Garrorena Morales, Asemblea de Murcia.

<sup>12</sup> Cfr., Laporte, Jean, et Tular, Marie-José, *Le droit parlementaire*, Presses Universitaires de France, París, 1986, páx. 54.

<sup>13</sup> Así Schmidt, W., *Chancengleichheit der fraktionen unter dem Grundgesetz*, en *Der Staat* 9 (1970), páx. 481 e segs. referido por Schneider *cit. supra*.

Todo isto sen esquece-la especialísima posición que ostenta o grupo parlamentario que apoia o executivo, que na práctica goza de importantes prerrogativas derivadas da privilexiada información que o Goberno e a Administración por el dirixida lle poden proporcionar. 









## Crónica da xornada de estudio sobre presente e futuro do Estado de benestar

Dolseira da EGAP | Paloma González Cuevas

**N**a Coruña desenvolveuse o día 8 de febreiro unha xornada de estudio sobre o presente e o futuro do Estado do benestar, organizada pola EGAP en colaboración coa Universidade da Coruña. Dirixiu a dita xornada D. Juan Jesús Fernández Caínzos, a cal tivo unha grande afluencia, sobre todo de alumnos.

Ábrese o grupo de relatorios coa intervención de D. Gregorio Rodríguez Cabrero, que disertou sobre os límites do Estado de benestar no marco da Unión Europea. Na análise do presente e do futuro do Estado de benestar, o problema previo é asumir que existe unha realidade concreta: a permanencia cuestionada do Estado de benestar aínda que sometido a tensións e procesos complexos de cambio. Esta realidade considerada, que está plenamente xustificada como duplo criterio metodolóxico e empírico.

1. Dada a propia complexidade do Estado de benestar parece esixible o que se teñan en conta as diferentes variacións que contribúen a unha máis rigorosa comprensión do mesmo por moi lexítimas e necesarias que sexan as análises específicas do problema, polo que parece preciso ve-lo presente e o futuro do Estado do benestar.

Non existe un modelo único de Estado do benestar. O modelo concreto de Estado do benestar depende da densidade da sociedade civil, da situación que un país tiña na división internacional do traballo no momento do inicio da construción de sistemas de protección social e de cómo e mediante qué mecanismos se resolvían os conflitos de clases, relixiosos e étnicos; ante isto, non se pode lograr unha definición máis concreta do que é o Estado de benestar. A partir do común denominador, que é aumenta-la integración social, cabe diferenciar varios modelos de Estado de benestar, as orixes do cal, desenvolvemento e problemas son distintos e obrigan a ser prudentes cando se fala sobre o Estado de benestar como se se tratase dun único modelo.

2. Desde o punto de vista empírico, as crises do Estado de benestar son complexas, pero relaciónanse directamente co esgotamento do modelo de crecemento económico e estabilidade política que se establece a partir de 1950 nos países industriais de Europa occidental. Tres problemas destacan no modelo xenérico do Estado de benestar. Os problemas económicos no sentido de que os incrementos da produtividade, empezan a estancarse, o que repercute no financiamento do gasto social agravado polo paro estrutural, que reduce ingresos e aumenta o gasto na protección social como a necesidade de expansión de mercados privados no sector servicios, o que fai que o Estado sufra presións a prol da privatización. Desde o punto de vista político, o Estado de benestar parecía ampliar e consolida-las demandas sociais. Por último, apareceu no horizonte progresivamente a crítica á excesiva estatalización dos servicios; crítica que medraba entre as clases medias urbanas sen por isto cuestionar abertamente o sistema de protección social.

A natureza desta crise do Estado de benestar encóntrase en: Erros do goberno na redistribución da renda de forma vertical, o que provoca desigualdades. Cambio sociodemocrático, polo crecemento da poboación anciá e as súas necesidades, segmentación do mercado de traballo que condiciona a estrutura da protección social e polo auxe do retorno da sociedade civil nas súas distintas versións. A dualización no seo do Estado do benestar, con protección social para os grupos de renda alta que-

dando desprotegidos ou excluídos outros grupos, polo que se formula a cuestión de se existe un Estado de benestar con varias funcións de protección en función dos mercados de traballo ou estamos ante a aparición dun Estado asistencial con funcións diferentes do Estado de benestar. A redefinición do concepto de cidadanía social, sería a consecuencia dos problemas previos. Os dereitos sociais que forman parte do acervo político das sociedades democráticas cuestionaríanse no sentido de sometelos á disciplina de mercado, o cal supoñería limitarlle-lo acceso a tales dereitos ós grupos de poboación con menor capacidade política de organización.

Ante isto, o problema que hai que considerar non é o desmantelamento do Estado de benestar, senón a súa reestructuración institucional e reorientación ideolóxica que para uns se traduciría nunha maior asistencialización dos sistemas de protección e para outros nunha remodelación na que a extensión dos dereitos sociais se complementa cunha maior personalización e socialización dos sistemas de protección social.

A reestructuración do Estado de benestar realízase en varias fases. Durante a primeira fase, que se desenvolve nos anos 80, produciuse unha fractura nos sistemas de protección social, á que contribuíron en distinta medida a segmentación do mercado de traballo e o paro estrutural, a extensión da privatización na xestión de zonas do Estado de benestar e os cambios nas actitudes sociais sobre os modos de intervención do Estado.

Na segunda reestructuración, nos anos 90, desenvólvense tres procesos: económico, que constitúe un indubidable custo salarial, as presións a prol da redución da intensidade protectora e o *dumping* social, son a consecuencia dos cambios que recentemente se debateron no seo da Unión Europea; político, que se pode definir como a dificultade de articula-lo consenso ó redor dos sistemas de protección social; cambios demográficos, tanto o envellecemento da poboación, a perda do papel protector da familia, as novas formas de articulación familiar, etc.,... incrementan o custo dos servizos sanitarios e sociais e complican a estrutura da solidariedade familiar sobre a que tradicionalmente se construíu a solidariedade colectiva.

Nesta segunda reestructuración do Estado de benestar, non parece arriscado formular que poida debilitar máis aínda a base económica e social dos sistemas de protección social e que sexa aceptable unha maior privatización na xestión e unha crecente individualización en canto á concepción do Estado de benestar.

No que se refire ós trámites do intervencionismo estatal, podemos preguntarnos por dous problemas concretos: en qué me-

dida o Estado de benestar chegou ós seus límites en relación cos seus obxectivos redistributivos; tamén qué límites afronta o Estado no financiamento dos sistemas de protección social e se os problemas que esta presenta limitan a capacidade competitiva das economías capitalistas nun contexto de internacionalización económica.

1. Unha das obxeccións que se lle presentaron durante os últimos tempos pasados ó Estado de benestar foi a súa suposta incapacidade para acabar coa pobreza e lograr efectos redistributivos eficaces. Isto non supón negar que o Estado de benestar non tivese un certo éxito nas súas políticas redistributivas. Aínda que tales políticas tiveron límites claros, á hora de lograr redistribucións verticais de renda, tiveron unha certa eficacia no logro de redistribucións horizontais, de forma que o fluxo de renda entre os grupos asalariados se mellorou.

2. Os problemas de financiamento do Estado de benestar agudizáronse unha vez que o paro estrutural reduciu drasticamente a base social cotizante da Seguridade Social. Os sistemas de protección social desenvolven tres funcións básicas, tal como nos recorda a propia Comisión Europea: unha función tradicional de aseguramento, dadas as dificultades de cobertura de tódolos riscos no mercado; en segundo lugar, unha función de aforro facilitando a capacidade de compra ó longo do ciclo vital; e finalmente, unha función redistributiva entre os diferentes segmentos dunha estrutura social asalariada. As tres funcións aparecen interrelacionadas e, ás veces, en competencia coa oferta privada. A oferta privada tamén ten limitacións claras, de aí que un sistema público trate de cubrir toda a demanda sen rexeitar a ninguén nin axustar-lle os seus beneficios ós riscos individuais; os sistemas de protección social xeran externalidades positivas ou economías externas na medida en que, ademais de beneficiar a cidadáns concretos, contribúen á creación de cohesión social, á mobilidade da forza de traballo, á consecución da demanda efectiva e á xeración de emprego. Estes efectos positivos non nos poden facer esquecer os problemas económicos que xeran os sistemas de protección social entre os que cabe menciona-los seguintes, tal como constata a propia experiencia da Unión Europea:

a) O incremento dos impostos e das cotizacións sociais ten un efecto duplo sobre os incentivos ó traballo: o efecto substitución de ocupación por non ocupación ou ocio se unha redución nas ganancias netas debido ós impostos e ás cotizacións sociais anima a reduci-lo tempo de traballo para compensa-la perda neta de renda causada por unha maior carga fiscal.

b) O segundo problema é a incidencia dos sistemas de protección social no déficit público. O problema é complexo e ten dúas vertentes: a primeira é de tipo político e consiste en reducir as cotizacións empresariais cargando a factura da protección social entre as rendas salariais en forma de impostos; outra vertente é de tipo económico e ten que ver co curso do ciclo económico e coas transformacións tecnolóxicas que diminúen o número de cotizantes sen dispoñer de alternativas claras de financiamento.

c) O último problema é o do impacto do financiamento da Seguridade Social. En Europa non existe unha relación causal entre o nivel das cotizacións sociais e os custos laborais totais.

No que se refire ás tendencias na reestructuración dos estados de benestar na Unión Europea, existen diversidade de modelos europeos sobre a protección social. A Europa comunitaria enfróntase na actualidade á adaptación e á reestructuración dos estados de benestar nacionais con dúas realidades: a crecente converxencia interna e a globalización económica internacional. Á hora de analizar ámbolos procesos existen dous puntos de partida: en primeiro lugar, que despois dunha primeira fase de reestructuración do Estado de benestar este se considera, como mínimo, como factor de cohesión social e, no segundo lugar, as alternativas e camiños do desenvolvemento da política social están relativamente abertas se ben condicionadas polo predominio ideolóxico do liberalismo.

A converxencia en Europa parte dunha realidade: sistemas de protección social con fondas raíces históricas, considerados polos seus cidadáns como capital social irrenunciable, a disparidade de modelos condiciona as formas posibles de converxencia dos sistemas de protección social. No marco da UE adoitase dividir globalmente os diferentes sistemas de protección social en torno ó dualismo: de orientación Beveridge e de orientación bismarkiana, é dicir, modelos que subliñan na garantía universal de certos servicios (sanidade e educación) financiados por impostos e deixando que o resto o resolva a xente no mercado e modelos de tendencia bismarkiana ou de Seguridade Social dirixidos á poboación traballadora e ás súas familias, financiados con prestacións sociais. En definitiva, a crise parece que supuxo certa aproximación dos estados de benestar como redución de distancias entre estados saturados e menos desenvolvidos.

No debate ideolóxico en torno ó Estado de benestar fórmulanse varios problemas político-ideolóxicos que teñen que ver co futuro dos sistemas de protección social e que responden

a tradicionais preguntas de qué tratamos de lograr cos sistemas de protección social, e se estes son para logra-la igualdade, redistribuír rendas entre activos e pasivos ou simplemente para mante-la cohesión social ós que vai dirixido, o que leva a preguntarnos se os sistemas de protección social deben ser universais ou selectivos para toda a poboación ou soamente para os pobres, e quen o financia/xestiona, o sistema de protección social.

No referente ás converxencias e diverxencias de políticas sociais atopámonos en primeiro lugar con que non existe unha política social europea. Hoxe por hoxe, é unha cuestión que lles pertence ós estados membros a excepción da coordinación da protección social dos inmigrantes, a saúde e a seguridade no traballo e a igualdade de xénero no traballo.

O problema que se presenta ó noso entender non só é a necesidade de ir definindo un modelo global de política social de cara ó futuro como política de mínimos na protección social, senón, sobre todo, cómo a UE pode contribuír mediante a política social a dous obxectivos sociais substanciais: frea-la fragmentación social e evita-las disparidades espaciais/regionais en canto a protección social.

Verbo das marxes do desenvolvemento do Estado de benestar pódese ver en varios puntos:

1. A crise de lexitimación e adhesión cidadá ó Estado de benestar. As enquisas de opinión móstrannos cómo a pesar de que os cidadáns tenden a resistirse a maiores presións fiscais, non por isto se reduce o seu apoio ó Estado de benestar. O Estado de benestar está profundamente enraizado na cultura política de tódolos estados membros. Aínda que o apoio ós sistemas de protección social é bastante sólido, sen embargo, tal adhesión depende do grao de implantación e madureza dos sistemas de protección social. O apoio cidadán, sen embargo, é un apoio crítico debido á insatisfacción respecto da protección social que supoñen os programas específicos. En relación con certos programas sociais como sanidade, pensións e desemprego, os europeos seguen a manter un apoio crítico. Actualmente o futuro da protección social formúlase ó redor de tres opcións: mantementos do *statu quo*, limitación con asistencialización do modelo actual ou unha redución das prestacións sociais dándolle vía de entrada ó mercado libre.

2. Téndese cara á progresiva construción dun novo consenso. Un novo consenso sobre o Estado de benestar parece política e economicamente necesario á luz dos cambios que se produciron durante a década dos oitenta. O consenso debe conducir

a manter, desenvolver e afondar no carácter reformador do Estado de benestar como instrumento de benestar social, eficacia económica e desenvolvemento democrático. Durante os últimos anos, desde 1989 en concreto, cambiou o contexto económico, político e internacional da política social. Podemos mencionar, entre outros, os seguintes: o novo contexto político mundial, a crise do Estado de benestar, os cambios na estrutura social, o condicionante da fin do pleno emprego e a globalización económica. A crise do Estado de benestar é a consecuencia e a manifestación máis clara de moitas das presións xa mencionadas: o crecemento do paro e os custos sociais, as consecuencias do envellecemento da poboación, os cambios na estrutura da familia, a extensión da exclusión e marxinação, a demanda crecente de servizos públicos. Fronte a estes feitos, o debate dominante céntrase en cómo seguir producindo bens públicos e estende-las prestacións económicas sen incrementalo déficit estrutural do Estado, na necesidade de establecer novas combinacións entre protección social pública e mecanismos privados complementarios, e nunha maior descentralización da xestión e da produción de servizos cara ós entes municipais e as ONGs.

3. Estado de benestar: a socialización da reforma social. O problema é que o Estado de benestar non pode se-lo mesmo que nas décadas precedentes. Entende que as alternativas teórico-ideolóxicas actuais non só simplifican a análise da realidade social, senón que ademais lles engaden máis problemas ós que existen actualmente. En concreto, a opción neoliberal reabre un problema parcialmente resolto baixo o Estado de benestar, o da seguridade colectiva, á vez que favorece a segmentación e a dualización da sociedade baixo o imperio do mercado. Máis alá do Estado de benestar non parece posible nin desexable o retorno ó libre mercado, nin á idílica comunidade, nin a unha extensión corporativa do Estado de benestar pola sociedade do benestar.

Podería concluírse que aínda que a reforma social, como necesidade obxectiva do desenvolvemento do capitalismo e tamén froito das demandas e das loitas sociais, mesturadas coas distintas tradicións culturais nacionais, depende en grande medida de cómo se manteñan e adopten as diferentes tradicións nacionais nun contexto de mundialización económica, si parece inevitable que esta terá unha configuración institucional máis mixta na que a presenza do Estado de benestar seguirá sendo un factor estruturante da universalización de determinadas necesidades, a satisfacción, xestión e control das cales terán que compartir en parte co mercado e, sobre todo, coa sociedade civil.



A continuación, D. Juan Jesús Fernández Caínzos falou sobre a posibilidade efectiva de elixir que o Estado de benestar lles ofrece ós individuos. A elección é sinónimo de favorece-la liberdade. Este tipo de estado pode e debe medirse polo test da liberdade. Tendo en conta que nos estados de benestar contemporáneos o sector público alcanzou un peso substancial xunto a unhas economías prósperas e uns sistemas políticos democráticos. Se a esencia do Estado de benestar, polo menos desde o punto de vista financeiro, é unha elección tutelada, é dicir, imposta por unha intelixencia pretendidamente superior á do individuo e encarnada por axentes políticos do propio Estado, xórdennos moitas cuestións sobre a auténtica elección no Estado de benestar.

Os estados de benestar nacen, polo tanto, coa idea de contribuíren a unha aplicación das posibilidades de elixir dos individuos e dáa, por unha banda, ó amplia-la elección política cara ós que anteriormente non tiñan a posibilidade de elixir; e por outro, ampliando o Estado novas responsabilidades económicas. Unha boa parte dos compromisos asumidos polos estados de benestar nesa tendencia cara á ampliación das posibilidades, políticas e económicas, de elixir dos individuos, plasmouse en numerosas constitucións da posguerra. Entrou así a formar parte da orde política-económica das nacións máis prósperas. Nos últimos anos algunhas das críticas baséanse, por un lado, en que o gasto público alcanzou en tales países uns niveis, absolutos e relativos, que parecen dificilmente superables, e por outro, en que as reaccións negativas fronte á tributación, que é o soporte "lóxico" dese gasto nun sistema de liberdade económica, van en aumento.

Hai que concluír con que non só afondar neste proceso pode atentar finalmente contra a liberdade política e económica, senón que tamén é preciso levantar un sólido muro para frea-las forzas, pretendidamente irresistibles, que en nome desa mellora da elección individual que son os estados de benestar, conduciron ó cabo, a unha expansión rebordada do gasto público que pon en perigo a propia economía occidental.

A existencia de, polo menos, dous modelos de gasto público parece case obvia, por un lado, que os chamados estados de benestar europeos teñen un gasto público que se move en torno ó 50% do Producto Interior Bruto, mentres que países igualmente desenvolvidos como son os Estados Unidos e Xapón se moven respecto disto en torno ó 30-35%.

Dentro dese elevado gasto público en Europa, a denominada facenda social que é parte substancial do Estado de benestar,

ocupa un destacado primeiro plano. En grande parte, trátase dunha facenda de transferencias sociais, o que significa, desde o punto de vista da elección, que é o individuo que as recibe quen finalmente opta polo gasto para realizar. Sen embargo, o que de maneira máis característica representa unha elección imposta ou tutelada por parte do Estado, son os chamados bens de mérito: aqueles nos que a decisión final sobre a súa provisión e/ou financiamento parte do propio Estado e non ten en conta necesariamente a soberanía do consumidor. A maioría dos bens e servicios públicos, é dicir, que son asignados a través de decisións públicas, son financiados por medio de impostos que son transferencias de carácter coactivo dos cidadáns ó Estado, e isto faise mediante acordos institucionais que poden ser democráticos ou non. O estado fiscal no que vivimos, e o principal problema actual do cal vén reflectido polo gasto público alcanzado e as súas implicacións para a liberdade económica, baséase precisamente na coacción. Os que pagan os impostos, con carácter coactivo, poden sentir que se restrinxen, precisamente, a súa liberdade de elección.

Probablemente, un dos aspectos máis notables do proceso político que afecta á situación crítica dos actuais estados de benestar é, ó seu xuízo, o que se chamou a "miopía innata do proceso político". Esta miopía fai referencia ós efectos da separación entre o horizonte a curto prazo que lles corresponde ós políticos electos polo dito sistema, consecuencia do proceso electoral e o propio ciclo político, cun desconto elevado para os custos ou beneficios próximos, e o horizonte a longo prazo, os custos e beneficios do cal tenden, polo xeral, a descontarse con exceso ou a ignorarse.

Desde o punto de vista da democracia política, na que se inclúen polo xeral moderadamente os estados de benestar, faltan institucións que transmitan as preferencias dos votantes sobre a composición dos bens públicos. Os partidos políticos non parecen cumprir esta función adecuadamente. A miopía do proceso político contribúe a este feito. Pero ademais hoxe está demostrado dabondo pola elección política que o comportamento de maximización dos votos por parte dos partidos políticos a través de acordos institucionais, impide a representación plena no Parlamento das diversas preferencias dos votantes.

Entre as críticas de carácter financeiro que desde os anos 70 afectan particularmente ós estados de benestar están as que subliñan que o gasto público pode ser incluso unha ameaza para o goberno democrático, e que un sector público excesivo conduce a unha parálise política. Neste contexto, puxéronse en cir-

culación distintas ideas que tratan de conservar certas características do mercado na intervención pública. Como conclusión final, resalta que os estados de benestar son un capital constitucional que contribuíu a ampliar notablemente as posibilidades de elección dunha maioría de individuos nos países máis prósperos. O tamaño alcanzado polo sector público, e dentro del, pola facenda social, non coincide exactamente coa elección imposta polo propio Estado e, en todo caso, esta última non é, desde un punto de vista cuantitativo, esaxerada. Outra cousa ben diferente é subliñar que existen desarranxos institucionais no proceso político-democrático que tensionan os límites entre a autoridade e a liberdade e que é preciso avanzar na súa corrección.

No seguinte relatorio D. David Anisi Alameda analiza o Estado de benestar desde o punto de vista económico, partindo da base de que como consecuencia da posta en cuestión do Estado de benestar, os valores como a liberdade, entendida como ausencia de medo, a democracia e a xustiza se viron seriamente danados.

Despois da Segunda guerra mundial redeseñouse un sistema económico sobre o que se coñece como " Pacto keynesiano". Para o profesor Anisi, a base do Estado de benestar, como resultado do pacto keynesiano, baséase no uso do traballo humano sendo o seu corazón a consecución do pleno emprego; ofrecéndolles ós traballadores, ademais da seguridade duns salarios crecentes, a xeneralización da educación e da sanidade gratuítas e a certeza dunha pensión de xubilación para o futuro; polo que as esixencias de elevacións salariais podían doadamente substituírse por uns mellores servizos públicos, destacando os tres alicerces básicos: educación, sanidade e pensións. Por outro lado, o motor de crecemento non foi só o gasto público, senón tamén o investimento privado e as exportacións, dando lugar durante dúas décadas non só a un "crecemento económico", senón tamén á mellora xeneralizada de tódolos indicadores de benestar.

O "punto de derrubamento" de toda a arquitectura do Estado de benestar é o pleno emprego, sendo os problemas financeiros o primeiro sinal de alarma de que o Estado de benestar entra en crise.

O profesor Anisi considera como as últimas razóns levaron ó "fracaso" o Estado de benestar: a caída do tipo de beneficio, e o deterioro do "clima social" na propia sensación de seguridade xeneralizada.

Fronte ó incremento da produtividade non esperado, o man-

temento do pleno emprego esixía un aumento do gasto público e o incremento de salarios reais, violando os termos do pacto onde se establecera a constancia do peso relativo do sector público. Isto supuxo un agravamento dos problemas; e pódese dicir que foi coa crise da oferta de 1973 cando se presionou o "punto de derrubamento" do Estado de benestar, sendo a crise económica a súa manifestación visible, aínda que non se presentou desta forma.

De maneira xeneralizada, existe un desexo de continuación do Estado de benestar, tanto se se restaura o actual, coma se se establece un sistema parecido. Para isto, hai que ter en conta que o motor deste sistema é o pleno emprego realista, para o cal hai que considerar cinco puntos:

1. Que exista un alto grao de substitución entre os salarios reais e os bens públicos.

2. Ten que ser un plan de emprego rendible e que lle dea beneficio á empresa privada e que ofrezca oportunidades de negocio na empresa privada.

3. O plan de emprego ten que ter en conta a existencia de novas tecnoloxías desenvolvidas a partir dos anos 80 que fan que o problema da competitividade cos países do terceiro mundo sexa un problema que hai que ter en conta.

4. Hai que pasa-la páxina da nosa historia en que se consideraba que os custos medioambientais eran cero e a partir de agora ter en conta que o estrago do medio ambiente ten un custo.

5. Cómpre saber cál é a correlación de forzas existentes. O que se pretende pode ser coherente, pode levarse ou non á práctica, para isto é necesario que os sindicatos e a patronal acepten este tipo de plan de emprego e que o goberno apoie cunha determinada política o dito plan de emprego.

Con esta proposta de pleno emprego, pódese chegar á rexeneración do Estado de benestar ou ó deseño dun novo Estado de benestar.

Para a reconstrucción do Estado de benestar, trata de esbozar un plan de emprego posible, o cal ha de respecta-las seguintes restricións:

1. A existencia duns criterios de converxencias propios da Comunidade Europea.

2. Os altísimos niveis de desemprego existentes que reducen ó mínimo a capacidade de impoñerlles condicións ós sindicatos de traballadores.

3. A mobilidade case perfecta do capital financeiro internacional e a existencia de "novas tecnoloxías".

Os criterios de converxencia de Maastricht tenden a eliminar a liberdade de uso das políticas económicas autónomas dos países membros e, por outro lado, o elevadísimo nivel de desemprego limita a forza coa que poden negociar os traballadores as súas condicións de traballo. Ante isto, non queda senón recorrer á idea do “repartimento de traballo” que queda asociada á idea de repartimento de xornada. A visión da empresa ante isto pódese resumir en que, ó dividirse a xornada de traballo, se divide o salario de forma equivalente, mentres que a visión sindical, pola súa parte, se centra nunha redución da xornada vinculada ós incrementos da produtividade. Cos adiantos técnicos vese reducido o tempo de traballo necesario para a produción dun determinado ben, polo que necesariamente a sociedade debe modificar tamén as formas de consumo e distribución.

Ante isto, o individuo, coa mesma eficacia, reduce a xornada de traballo, mentres que a produtividade do traballo permanece constante, é dicir, o emprego podería medrar na mesma proporción que o faga o PIB.

A proposta que ofrece o profesor Anisi baséase na redución da xornada laboral, mantendo o salario real por individuo e elevando o ocio. É dicir, utiliza os crecementos da produtividade para a creación dun fondo destinado á creación de emprego mediante a produción privada de bens públicos. Coa grande substitución que existe entre bens públicos e salarios permitiríalles ás persoas vivir mellor, xa que o benestar dos individuos non se deriva só do que se pode comprar no mercado, é máis, nunha sociedade evolucionada a maior parte das cousas que dan satisfacción non son bens de mercado; son valores, bens públicos ou semipúblicos que non teñen nada que ver co económico (como un aire máis limpo).

Por outra banda, un dos erros do Estado de benestar, non é o incremento cuantitativo do gasto público, senón o crecemento cualitativo do dito gasto. Dentro do pacto keynesiano orixinal, o Estado demandáballe ás empresas que producisen bens e servizos, pero é o Estado o que comeza a producir bens e servizos competitivamente coas empresas, o que supón un dos grandes erros na historia do Estado de benestar, porque non só están arredando a empresa dun negocio, senón que están asociando o público co funcional e hai que deixarlle á empresa que produza eses bens públicos, e que sexa o Estado o que apareza como intermediario, como un xestor que canaliza cara á empresa privada todas aquelas demandas que non poida realiza-la Administración.

D. Antonio Erías Rey céntrase na política social en España, que tras 40 anos de dictadura, na Constitución de 1978, se definiron os dereitos e as obrigas dos individuos, onde existe a necesidade de reestructura-lo Estado de benestar adaptándoo ás novas circunstancias do contorno macroeconómico e social, sen desmantelalo. No noso país o debate sobre a viabilidade dos sistemas de protección social non só é un debate técnico, senón que cada vez se converte nun debate político, sobre todo en épocas de campaña electoral, nas que o futuro do sistema de pensións, unha parte moi importante dos sistemas de protección social no noso país, se pode converter nun elemento útil para a captación de votos.

O certo, de tódolos xeitos, é que existe unha certa coincidencia en torno á necesidade de reestructura-lo sistema de benestar pero sen desmantelalo, pero adaptado ás novas circunstancias do contorno macroeconómico e do contorno social no que se moven as economías desenvolvidas europeas. En España son tamén os anos sesenta os que empezan a consolida-lo Estado de benestar, malia o réxime político imperante. É unha época de altas taxas de crecemento económico no noso país e isto posibilitou o incremento do gasto social que se empezou xa a percibir como un gasto necesario para o funcionamento e sobre todo a estabilidade do sistema productivo. A transición democrática, os principios constitucionais que fan referencia ós dereitos sociais dos cidadáns e ós últimos anos da historia do noso país, cunha prolongada estadía no Goberno do Partido Socialista, ampliaron o radio de acción dos bens sociais e consolidaron unha serie de prácticas que xa se viñan desenvolvendo desde moito antes.

O Estado de benestar descansa sobre a política social, que son as actuacións básicas en materia de política económica. Os dous aspectos máis importantes da política económica de calquera país avanzado europeo, a política de reformas estruturais do mercado laboral, xunto coa política de rendas.

Forman parte da política social as políticas de sanidade, educación, vivenda, medio ambiente, migración e axuda ás minorías étnicas e grupos marxidados, Seguridade Social, mercado de traballo e salarios.

A Constitución de 1978 definiu unha nova orde política e económica para España tras case 40 anos de dictadura e marcou os dereitos e as obrigas dos cidadáns españois. A Carta Magna deixa patente a prioridade na orde económica da iniciativa privada, coa por parte do sector público, xa que é evidente que moitos dos dereitos sociais que a Constitución lles outorga ós

ciudadáns non son alcanzables mediante a simple actuación do libre mercado.

Os anos de goberno socialista consolidan definitivamente o sistema de protección social no noso país, e chégase ata un punto en que se formula a necesidade de reestructura-lo sistema co fin de garanti-la súa estabilidade financeira a longo prazo e incluso a medio prazo. Pola evolución demográfica, a dramática ascensión do desemprego, etc.,...

A política social ten unha grande relevancia debido á consolidación do proceso de traspaso de competencias en materia social por parte do Estado ás comunidades autónomas e municipios, o que está provocando grandes dificultades de coordinación entre os diferentes niveis das administracións públicas. Por outro lado, parece existir unha conciencia xeneralizada en tódolos ámbitos da política social sobre a ineficacia de moitas das actuacións dos poderes públicos e a necesidade da reforma de institucións e procedementos.

Esta reforma é un tanto difícil, xa que a política social non depende dun só ministerio.

O capítulo de gastos en materia de política social é un dos de maior importancia, sobre todo os destinados a pensións, sanidade e desemprego, que cada ano aumenta, mentres que outras accións sociais ven reducidos os seus orzamentos por "careceren de importancia". A pesar dos orzamentos tan elevados dalgunhas políticas sociais, non se pode dicir que estas fosen exitosas.

Neste punto, o profesor Erías, trata de analiza-la evolución, situación actual e posibilidades de mellora de cada unha das políticas sociais en España:

1. Na escala de necesidades humanas probablemente tan só a alimentación supere a necesidade dunha vivenda. Os problemas de escaseza da vivenda en España parten de épocas anteriores á Guerra civil, continúan durante a dictadura, anos nos que a s medidas que se toman son insuficientes, e seguen sen solucionarse durante a transición democrática e os anos oitenta. A partir de 1988 introdúcese un criterio de racionalidade en materia de política de vivenda, como o traspaso de competencias ás comunidades autónomas, permanecendo o Estado coas súas funcións de establecemento do marco xeral de actuación nesta materia. O problema de escaseza de vivenda tratarase de emendar mediante o incremento da oferta de solo habilitando novos terreos e mediante o establecemento de facilidades crediticias ós promotores de vivendas para a adquisición de terreos e para a construción. É necesaria a eliminación de rixideces existentes

en todo o proceso productivo do sector da construción para que os obxectivos se poidan cumprir. Para lograr estes obxectivos, a colaboración entre as autoridades rexionais, locais e as estatais é absolutamente fundamental.

2. Política medioambiental. O noso país ten un modelo de desenvolvemento que, ó igual có resto de países avanzados, provoca grandes danos no medio ambiente. A orixe da loita contra os problemas medioambientais comeza co nacemento do ICONA a principios dos anos setenta. O avance que se produciu nas políticas medioambientais foi desde a Constitución de 1978 máis ben escaso, ó non experimentarse desde esa data progresos destacables nesta área, e sen a unificación das competencias nun só ministerio. Na actualidade e no proceso de traspaso de competencias ás comunidades autónomas e ás corporacións locais en materia de medio ambiente, na Administración central este tema depende de numerosas direccións xerais, a maioría adscritas ós ministerios de Agricultura e Obras Públicas, formulándose en todo momento unha alternativa: ou ben a creación dun Ministerio de Medio Ambiente ou ben a concentración das competencias neste campo nun só ministerio. Non cabe a menor dúbida sobre a necesidade de implantar en España unha política económica medioambiental activa e eficaz, na que unha das primeiras medidas parece se-la aplicación na nosa comunidade autónoma da xa famosa ecotaxa, que non é outra cousa que un imposto sobre a contaminación ambiental.

3. Política de educación. Desde finais dos anos sesenta non se afrontan no noso país os problemas relacionados coa educación. En realidade, é a Lei xeral de educación de 1970 a que establece o sistema educativo vixente ata a implantación, aínda incompleta hoxe en día, da LOXSE.

A Lei xeral de ordenación do sistema educativo (LOXSE) de 1990 trata os problemas do ensino universitario e non universitario. Na área do ensino non universitario preténdese o aumento da oferta de escolarización para idades cada vez máis temperás e o aumento da escolarización obrigatoria ata os 16 anos. Ademais, considérase necesaria a implantación de novas titulacións e a formación en centros de traballo como materia obrigatoria. En canto ó ensino universitario, preténdese continuar coas accións propostas na lei de reforma universitaria, para atender as grandísimas demandas de escolarización que no ámbito se presentan e incrementar a calidade da oferta educativa investigadora. Todo isto se desenvolve nun proceso de transferencias de competencias desde o Estado cara ás comunidades autónomas.



Non se pode esquecer na política de educación a necesidade de fomenta-la formación dos traballadores dentro das propias empresas, de cara a favorece-la adaptación destes ós seus postos de traballo e aumenta-la súa produtividade.

As tres políticas que máis recursos absorben dentro dos gastos destinados a servizos sociais son: sanidade, pensións e desemprego. Os problemas de sanidade desde finais dos anos cincuenta creceron extraordinariamente en España gracias ó impulso do sector público consistente no financiamento dos servizos relacionados coa saúde pública mediante recursos procedentes do fondo xeral de impostos e de financiamento da asistencia sanitaria prestada en hospitais e ambulatorios mediante fondos procedentes das cotas ou cotizacións pagadas á Seguridade Social polos seus afiliados. Este modelo entra en crise xa nos anos setenta e desde entón tendeu a un recurso cada vez menor ás cotizacións sociais e cada vez maior ó fondo xeral de impostos. Desta forma, trátase de que para o conxunto da Seguridade Social española, sexan os impostos os que financien as prestacións que supoñen asistencia redistributiva interxeracional entre distintos cidadáns e sexan as cotas á Seguridade Social as que financien as prestacións que só supoñen transferencias de renda no ciclo vital dun individuo ou dunha familia.

Desde a Constitución de 1978 procedeu a un traspaso de competencias cara ás comunidades autónomas nun proceso en xeral positivo que provocou un aumento da competencia, do dinamismo e da innovación sanitaria en España e unha mellor xestión deste proceso de descentralización. Na actualidade, os tres grandes problemas da sanidade en España son:

1. A dificultade para o control do gasto sanitario público.
2. A xestión ineficiente sobre todo no caso dos hospitais.
3. Derivado de todo o anterior, atopámonos cun problema de política sanitaria relativamente ineficaz.

Para solucionarlos, as fórmulas que se propoñen e en certo modo se empezaron a levar á práctica son o recurso ó sistema de prezos, a descentralización das decisións, a introducción da competencia nas esferas da produción e da xestión, de cara á conservación dunha maior eficiencia, aínda que coa conservación da propiedade estatal dos activos e do seu financiamento se leve a cabo con cargo a fondos públicos para mante-la equidade.

Na actualidade, estase procedendo a unha reforma da asistencia sanitaria baseada no Informe Abril Martorell, que se centra na separación do financiamento público de subministracións e provisión de servizos que poden ser públicos ou privados,

pero hai que ter en conta que a mellora de saúde dos cidadáns non depende só da atención médica que estes reciban, senón que probablemente dependen de factores identificables co estilo de vida e os problemas sociais dos últimos anos.

No referente ó tema do sistema de pensións, ten a súa orixe en 1908, coa creación do Instituto Nacional de Previsión, pero é en 1978 cando se configura o actual sistema de Seguridade Social, no que só as persoas empregadas que cotizaron durante un certo período de tempo, teñen dereito ás prestacións, que utiliza o método financeiro de repartimento, no que se acumulan as reservas coa finalidade de garantir as pensións futuras, e as prestacións económicas das cales están destinadas ó mantemento de renda no caso de que os individuos afiliados ó sistema perdan os seus ingresos por motivo de xubilación, invalidez ou desemprego. Este é un sistema no que existe unha serie de transferencias interxeracionais, xa que a xeración en activo financia as pensións da anterior, xa xubilada, coa expectativa de que a seguinte financiará as súas cando chegue o momento da xubilación. Pero este sistema parece que entrou claramente en crise, por dous motivos: en primeiro lugar, a evolución demográfica levaranos, incluso a medio prazo, a un considerable número de pensionistas que demandarán moito máis os recursos destinados a pensións de xubilación. Por outro lado, a situación dramática do mercado laboral e a insuficiente creación de emprego no noso país fai que cada vez sexa máis complicado facer fronte a estes crecentes gastos.

Existe un consenso xeneralizado sobre a necesidade de axustar e revisar este tipo de sistemas de pensións obrigatorias vinculadas ás rendas. As distintas medidas que se están tomando respecto deste tema, tomaron forma no Pacto de Toledo, as principais propostas do cal son:

1. Mantemento da idade de xubilación ós 65 anos.
2. Acentuación gradual da proporcionalidade das prestacións do sistema público de pensións con respecto ás cotizacións realizadas.
3. Mellora nos mecanismos de xestión e administración das pensións públicas.
4. Indicación anual das pensións públicas de acordo co IPC.
5. Mellora selectiva de determinadas pensións fundamentais de orfandade e algunhas de viuvez.
6. Limitación da capacidade de financiamento das pensións ós gastos de tipo contributivo, facendo que os non contributivos e asistenciais os asuma o fondo xeral de impostos.

7. Actualización e mellora dos incentivos fiscais ó sistema complementario, o dos fondos de pensións privadas.

Verbo do sistema de protección por desemprego vixente en España, ampara aquelas que podendo e querendo traballar, perden o seu emprego. Para isto, existen dous niveis de protección: o nivel contributivo e o nivel asistencial. O nivel contributivo ten por obxecto proporcionar prestacións substitutivas das rendas salariais deixadas de percibir como consecuencia da perda dun emprego anterior ou da redución substantiva da xornada laboral. O nivel asistencial abrangue fundamentalmente os traballadores que esgotaron a prestación contributiva por desemprego e aquelas que, ó producirse a situación legal de desemprego, non cubrisen o período mínimo de cotización esixido para o acceso ás prestacións contributivas, pero cotizasen un determinado número de meses.

No noso país, os gastos en protección por desemprego disparáronse nos últimos anos, como consecuencia da imparabile evolución das taxas de paro e o elevado grao de fraude existente na súa percepción, como o xa sonado PER. Como consecuencia destes problemas, o axuste dos sistemas de protección social por desemprego foron incorporados como unha parte importante da reforma laboral no noso país. As medidas concretas que se poñen en marcha na reforma laboral son as seguintes:


1. Reforma das modalidades de contratación, coa finalidade de flexibiliza-la entrada no mercado de traballo mediante contratos máis sinxelos e baratos para os empregados.

2. Flexibilización das condicións de traballo a través do fomento da mobilidade xeográfica e funcional dos traballadores, eliminando parte das antigas Ordenanzas Laborais e proporcionando facilidades para a mobilidade xeográfica mediante iniciativas en materia de política de vivenda.

3. Simplificación dos trámites para a extinción da relación laboral coa finalidade de abaratar e flexibiliza-lo despedimento, ó suprimi-la autorización administrativa e a negociación previa nos despedimentos que afecten a menos do 10% do cadro de persoal.

4. Reforma do INEM como axencia de colocación, sobre todo no referente ós salarios, á realidade económica das empresas e á evolución da actividade económica, mediante a súa descentralización e a posibilidade de aplicación dunha cláusula de descolgue dos convenios colectivos a aquelas empresas con dificultades económicas especialmente graves.

Esta reforma encontrouse coa oposición dos sindicatos, xa

que se facilita a creación de emprego "precario" e unha división aínda maior no mercado de traballo entre empregados fixos e temporais, cargando o custo do axuste sobre os traballadores a prol dos patróns. De feito, se os sindicatos aceptaron nos últimos convenios colectivos baixas taxas de crecemento dos salarios, é precisamente a cambio da renuncia á aplicación de certos aspectos da reforma. 



## Crónica do acto en conmemoración do Día das letras galegas 1996

Bolsreira da  
EGAP

Paloma González Cuevas

**A**Egap, sumouse á homenaxe que a Real Academia Galega lle dedica a D. Jesús Ferro Couselo, ó declararlle o Día das letras galegas a este home que dedicou toda a súa vida a fomenta-los sinais de identidade galega. Na súa honra organizouse o día 9 de maio de 1996, unha mesa redonda sobre a súa obra e unha viaxe de interese cultural a Ourense.

Na mesa redonda participou o seu amigo persoal desde os tempos de Compostela, D. José Francisco Ogando Vázquez (académico da Real Academia Galega), que realizou un percorrido pola súa vida persoal, formación e traballo. D. Felipe Senén López (director do Museo Arqueolóxico da Coruña), como alumno seu deu perspectiva de Ferro Couselo como profesor e arqueólogo. D. Ramón Lorenzo, (catedrático de lingüística e literatura galega) realizou unha exposición da súa obra desde o punto de vista lingüístico.

O Día das Letras Galegas, desde que en 1963 se instaura, sempre se lles dedicou a figuras puramente literarias, a escritores, poetas, novelistas, etc., nunca se reparou en que había outros moitos homes, consagrados á investigación e a obra dos cales ten un grande valor científico. Este cambio é importante, xa que supón o recoñecemento de homes que, sen faceren literatura pura, consagraron a súa vida a buscar aquilo que, é o máis entrañable dun pobo de fondas raíces, o que se encontra na historia, na valoración documental e no tesouro artístico que ten Galicia.

D. José Francisco Ogando Vázquez preséntanos a Ferro Couselo, partindo da relación que tiña co seu tío Xosé Couselo Bouzas e a influencia que este como eclesiástico e estudioso de moitos aspectos do coñecemento galego ten nel. A súa formación eclesiástica léva-o ó grao de doutor en sagrada teoloxía, aínda que non sente a vocación relixiosa, polo que paralelamente realiza os estudos de bacharelato e filosofía e letras.


Coa chegada da 2ª república, xorde en toda a vida político-social e cultural do país unha grande esperanza que inflúe na grande maioría dos intelectuais. É precisamente cando maior brillantez se produce na vida española e os intelectuais son respectados por tódalas clases políticas. Nesta etapa, Ferro Couselo licénciase en Historia, e pon de manifesto o seu grande interese polo estudio de calquera manifestación galega, latexando un sentimento galeguista que o levou a participar en institucións como o Partido Galeguista, editorial Galaxia ou o Padroado Rosalía de Castro.

A vocación de Ferro Couselo é a docencia, a cal exerce durante moitos anos, pero unha vez que remata a guerra, foi sancionado como profesor. A raíz disto ten que desvia-la súa profunda vocación docente, e conseguir ingresar no corpo de arquivistas, arqueólogos e bibliotecarios. En 1921 obtén a praza de bibliotecario da Biblioteca Pública de Ourense e arquivista da Delegación de Facenda. A súa actividade vaise centrar na creación dun arquivo histórico no que recollerá fondos documentais de calquera sitio.

A continuación D. Felipe Senén López Gómez, destaca o traballo que Ferro Couselo e moitos autores da época realizaron por salva-la identidade de Galicia naqueles momentos difíciles da dictadura, onde o hermetismo e o silencio dominaban en tódolos campos, eles loitaban para mante-lo espírito e o patrimonio de Galicia, e esta loita constante serviu para fortalece-las novas xeracións e que a identidade de Galicia siga aí a pesar de todo.

Ferro quixo manter vivo o espírito de Castelao, ó seguir aquelas directrices que ennobrecían a Galicia. Non foi un home de letras, pero fixo posible que as letras de Galicia seguisen vixentes. É unha persoa que hai que vela na súa globalidade. Interésase por analizar e busca-la orixe para saber cara a ónde imos.

A última exposición corre a cargo de D. Ramón Lorenzo, catedrático de lingüística e literatura galega, o cal parte da base de que a celebración do Día das letras galegas é un ritual que realmente non serve para nada, xa que debería de ser un feito cotián o que practiquémo-lo amor pola lingua, pola terra e por Galicia. Ferro Couselo, nos seus dous volumes de *A vida e a fala dos devanceiros* recolle unha grande cantidade e moi diversos documentos medievais, algúns de grande importancia, da provincia de Ourense, os cales teñen un indubidable valor histórico. Estes documentos están escritos en galego, que era o idioma predominante nesa época, o cal era moi rico e se utilizaba na Administración pública. Desde o punto de vista filolóxico, estes documentos non teñen demasiado valor xa que o filólogo necesita o documento orixinal.

Francisco Ogando Vázquez retoma a palabra, para facerlle unha crítica a Ferro, xa que considera que o grande erro de Ferro Couselo foi que, partindo da súa condición de historiador, se axustou ás normas dictadas polo Consello Superior de Investigación Científica e ó cingüirse a elas, no respecto á palabra e non no respecto á grafía. Aínda que Ramón Lorenzo matiza esta crítica ó afirmar que o erro non se basea na grafía senón na falta de coñecemento lingüístico, pola súa condición de historiador e non de lingüista. 





## Crónica das xornadas de estudio sobre austeridade no gasto público

Bolseiro da EGAP | Enrique José Varela Álvarez

Os días 13 e 14 de marzo de 1996 realizáronse en Santiago de Compostela, na Escola Galega de Administración Pública (EGAP), unhas "Xornadas de estudio sobre a austeridade no gasto público", baixo a dirección do profesor D. José Manuel Canales Aliende.

Nas ditas xornadas, e como continuación das realizadas o pasado ano co título de "Gasto público e crise económica", debatéronse temas de actualidade sobre o Estado, sector público e Administración pública, e a súa relación cos cidadáns nun contorno de austeridade. Así, e logo de tres sesións repartidas en dous días, púidose considerar unha visión dos conceptos de austeridade do xeral ó particular a través dos relatorios presentados: "Reflexións sobre a austeridade no sector público", "A austeridade na reforma administrativa da Xunta de Galicia", "Calidade e austeridade no sector público", "Novos sistemas de información para o control da xestión e para a racionalización do gasto

público”, “A racionalización dos gastos de personal”, “A xestión da escaseza”, e “O gasto público como condicionante de estratexias políticas globais”.

O acto de apertura estivo a cargo do director da EGAP, D. Domingo Bello Janeiro, o director das xornadas, e profesor titular de ciencia política e da administración da Universidade Complutense de Madrid, D. Jose Manuel Canales Aliende, e o primeiro relator das xornadas e conselleiro do Tribunal de Contas D. Ramón Muñoz Álvarez.

No dito acto destacouuse, por parte do Sr. Bello Janeiro, a crise do Estado do benestar, constatable a través da crise fiscal e financeira do Estado como consecuencia da ampliación do gasto público. Ante isto, propúxose unha política de austeridade dos gastos, racionalización dos procedementos e ter sempre como referente ós cidadáns e a satisfacción das súas necesidades como obxectivo por alcanzar nun Estado social e democrático de dereito.

O primeiro dos relatorios estivo a cargo de D. Ramón Muñoz Álvarez, conselleiro do Tribunal de Contas, e tivo como obxecto de debate “A racionalización dos gastos de persoal”, onde se destacaron as diferentes definicións de austeridade e as relacións entre esta e gasto público.

**Austeridade** sería, despois de todo, non menos gasto senón máis racional, así para o relator a clave estaría na **seriedade**, “**bo goberno**” e **sentido da lei e a orde no económico**. Lígase, polo tanto, o concepto de austeridade co da ética pública, “... que as nosas relacións non só sexan económica e financeiramente correctas, **austeras** nun sentido amplo e profundo, senón tamén máis imbuídas de perfección nas órdes ética e social, ou sexa, máis humanas”<sup>1</sup>.

O problema encóntrase, entre outros planos, na separación entre os que ingresan e os que gastan (Estado e comunidades autónomas e entes locais), todo isto complicado co proceso de descentralización territorial vivido en España con motivo do desenvolvemento autonómico de 1978. O anterior produciu, en relación co noso contorno, que a dualidade gasto público-PIB crecese en España do 16,5% en 1960 ó 50% actual, o que sen dúbida está lastrando de maneira capital as nosas actuacións futuras (actualmente o 81% do gasto público está comprometido<sup>2</sup>).

As actuacións que se reclaman non son simplemente de axuste contable, son estruturais e ás que se hai que aproximar desde unha serie de puntos que o autor nos relata, como son:

■ Confianza na nova visión que o marco constitucional do

<sup>1</sup> Muñoz Álvarez, R., “A racionalización dos gastos de persoal”, en “Xornadas de estudio sobre a austeridade no gasto público”, EGAP, Santiago de Compostela, 1996.

<sup>2</sup> Os datos facilitados polo autor pertencen ó ano 1996, data de realización das xornadas.

Estado nos ofrece, desenvolvendo dentro do Estado das autonomías a Administración única e aludindo ó artigo 103.1 da Constitución española.

■ Austeridade para o novo modelo de desenvolvemento territorial, xunto cun control e cun máis eficaz aproveitamento dos recursos públicos encamiñados á redución do déficit público.

Tamén se aludiu a un aumento do *control da actividade económico-financeira do sector público*, como instrumento técnico, político e social de preservación e intensificación da austeridade. Todo isto nun marco de colaboración institucional, que se debe manifestar en dous ámbitos:

A. Na determinación dos obxectivos que debe presidi-lo control.

B. E na elección dos medios e procedementos para facer posible o seu exercicio.

O control deberá estar baseado nos principios de legalidade, eficacia, eficiencia, economía, equidade e ecoloxía, e deberá estar orientado cara ó cumprimento dos obxectivos deseñados e ó consenso sobre o funcionamento das mencionadas institucións.

Para o relator, o control exercido con austeridade mellora os modos de xestiona-lo capital público na parte correctora, maniféstase como un manancial de solucións derivadas da experiencia de supervisar todo o sector público, e aproveita-los seus informes e resolucións para propoñer melloras e dota-lo xestor de criterios sólidos sobre os que poder fundamenta-las súas tarefas cotiás de interpretar e aplica-la legalidade orzamentaria. En definitiva, o control exercido con austeridade configúrase como unha actividade natural, ordinaria nun Estado de dereito e en consonancia co “principio de división de poderes”.

Para concluí-la súa conferencia, o Sr. Muñoz Álvarez sinalou a responsabilidade das institucións de control na sensibilización dos cidadáns respecto dunha Administración austera, para conseguir entre todos alcanza-lo correcto funcionamento institucional a través do principio de legalidade, e dos non menos importantes de ética, eficacia e lexitimidade públicas.

A segunda das conferencias das xornadas estivo a cargo de D. Jaime Bouzada Romero, inspector xeral de Servicios da Xunta de Galicia, que situou a austeridade no ámbito das comunidades autónomas a través do seu relatorio, “A austeridade na reforma administrativa da Xunta de Galicia”.

O marco ó que aludiu o Sr. Bouzada foi o da crise fiscal do Estado, que se remonta ós anos 70<sup>3</sup>, producida por:

<sup>3</sup> A análise da crise fiscal do Estado (á que tamén se referiron os outros relatores ó longo das xornadas) é unha constante dentro dos estudos sobre o cambio e comportamento do Estado e o seu sector público, e unha das bases sobre as que se constrúe o novo modelo de Estado e o suposto novo paradigma da Administración pública, o “paradigma posburocrático”.

- O incremento do paro, o que supón un aumento do déficit público (prestacións por desemprego).
- Descenso da natalidade nos países occidentais.
- Incremento da cobertura sanitaria.
- En definitiva, aumento xeneralizado do nivel de vida.

En paralelo a este proceso, prodúcese o rebordamento do Estado como unidade económica e a integración das nacións nos mercados globais, ó cabo, e segundo o relator, unha *nova orde económica mundial*. Mentres que, por outro lado, o Estado se ve impelido a actuar sobre os seus cidadáns desde uns presupostos básicos de cobertura: investigación e desenvolvemento, sistema fiscal, política educativa, mercado de traballo e capitais, infraestructuras, etc.

O contexto é pois, de crise económica estrutural, o que levado ó ámbito da Administración pública nos dá a crise do modelo de xestión burocrática (weberiana), acrecentada polo seu modelo orzamentario inherente: o *incrementalismo*<sup>4</sup>. A reacción dos países a esta crise do modelo consiste na articulación dos movementos de reforma ou modernización administrativa na procura de criterios de eficacia e eficiencia para as administracións públicas.

En España, e segundo Bouzada, todo isto se veu aumentado coa articulación autonómica extraída da Constitución de 1978, que produciu a imitación dos modelos administrativos das comunidades autónomas do estatal<sup>5</sup>. Así, o cambio de modelo reclamouse por:

- *Razóns legais*, xa que as administracións públicas necesitan funcionar de acordo cos dictados constitucionais (art. 103.1.2). Obxectivos eficaces, eficientes e conformes co interese xeral.
- *Razóns económicas*, coa redución do gasto público (de acordo co Programa de Convergencia de Maastricht), e introducindo unha cultura de responsabilidade e xestión (basicamente razóns de redución do gasto e por mellorar-la imaxe que os cidadáns teñen da Administración<sup>6</sup>).

Por todo isto, e desde 1990, a Xunta de Galicia tomou a iniciativa ó propoñer unha *reforma administrativa*, que segue hoxe en vigor, e cuns obxectivos de eficacia, eficiencia e de servizo ós cidadáns. Entre as medidas adoptadas encóntranse:

- *Regularización da función pública galega*; Codificación normativa; Sistema de Xestión dos Procedimentos Administrativos (SXPA); Sistema de Información Administrativa e Atención ó Cidadán; Formación dos empregados públicos; e, por último e máis importante, a avaliación do rendemento das unidades administrativas.

<sup>4</sup> Para unha profundización do estudio do incrementalismo nas políticas públicas a obra máis importante é a de Ch. Lindblom a través de dous dos seus artigos máis coñecidos, "The Science of Muddling Through", *Public Administration Review*, n.º 19, páx. 317-336, 1959, e vinte anos despois, "Still Muddling -not yet Through", *Public Administration Review*, 1979, páx. 317-336.

<sup>5</sup> Como exemplo desta imitación dos modelos administrativos podemos sinala-los diferentes procesos de modernización ou reforma administrativa iniciados por cada unha das 17 comunidades autónomas desde principios dos anos 90; *vid.*, "Xornadas sobre modernización e reforma administrativa nas comunidades autónomas", EGAP, Santiago de Compostela, 1997.

<sup>6</sup> Sobre a cuestión da imaxe das administracións públicas o Centro de Investigacións Sociolóxicas (CIS) publica periodicamente (enquisas de outubro e xaneiro) un "barómetro" onde se mide a idea que os cidadáns se forman das distintas administracións públicas e outras institucións e grupos de presión do conxunto do Estado.

A tódalas medidas anteriores xa se aludiu en anteriores congresos e relatorios por parte da Inspección Xeral de Servicios da Xunta de Galicia e dos seus representantes<sup>7</sup>, excepto da *avaliación do rendemento*, que é o elemento novidoso das políticas estratéxicas da Comunidade Autónoma. Así o *Programa de Avaliación do Rendemento* comeza en 1996, nun intento de introducir na organización o principio de eficiencia, a través da cultura da concienciación dos empregados públicos polos custos.

Segundo Bouzada Romero, este programa é o eixo de todo o anterior, sendo desenvolvido a través do artigo 63 bis da Lei 3/1995 (modificación da Lei 4/1988), e na que se consideran unha serie finalidades:

- Coñece-los beneficios sociais e os custos utilizados por cada unidade administrativa.
- Incrementa-la motivación do personal.
- Compara-lo rendemento entre unidades administrativas que realicen programas similares, e entre elas en varios períodos de tempo.
- En definitiva, detecta-los problemas da organización para actuar sobre eles dun xeito obxectivo.

Entre as características da avaliación do rendemento temos que se avalía un colectivo (non o individuo), o que leva a avaliar produtos e persoas, ademais de conseguir unha avaliación obxectiva (analizar custos das unidades de traballo –inputs– e cantidade e calidade do traballo nun ano –outputs–). Para o relator, así se consegue ter unha idea global obxectiva (baseada en estándares de medición constatables) da organización, o que permitirá establecer *Áreas de Resultados Clave (ARC)* sobre as que actuar.

Outro dos elementos novidosos do artigo 63 bis é o sistema retributivo, que actúa intentando mellora-lo anterior (Regulamento 2/89; complemento específico por niveis) pouco incentivador, por outro que introduce o elemento da produtividade.

Entre os procesos seguidos na avaliación do rendemento temos os seguintes:

- O estudio das metodoloxías por aplicar prolongouse ó longo de 7 anos (1988-1995).
- Realizouse, ó longo de 1995, unha serie de experiencias piloto en 20 unidades administrativas diferentes, en función dunhas tipoloxías previamente deseñadas, que foron as seguintes:
- 4 servicios provinciais de turismo (labores de policía e fomento);

<sup>7</sup> Vid., "Seminario internacional sobre a reforma administrativa", EGAP, 1995 / "Seminario sobre simplificación administrativa", EGAP, 1995 / "Xornadas informativas sobre a avaliación do rendemento", Inspección Xeral de Servicios, Xunta de Galicia, 1995 / "Seminario internacional sobre a avaliación do rendemento", EGAP, 1995 / "Xornadas sobre modernización e reforma administrativa nas comunidades autónomas", EGAP, 1997.

- 4 servicios provinciais de educación (labores de inspección);
- 4 servicios provinciais de cultura;
- 4 servicios provinciais de familia, infancia e menor (axudas, subvencións e xestión de centros propios);
- 4 servicios provinciais de prestación de servicios sociais (igual que as anteriores).

■ En decembro de 1995 realizouse o inventario de unidades administrativas por avaliar (824 unidades), e enviouse o formulario a cada unha en xaneiro de 1996, tralo cal os inspectores e subinspectores da Inspección Xeral de Servicios realizan a análise da información.

■ Todo isto serviu a unha serie de conclusións a través da análise dos estudos piloto, ós que se lles deu publicidade en novembro/dicembro de 1995 e xaneiro de 1996, a través dunha carta do conselleiro de Administración Pública ós 15.000 empregados da Xunta de Galicia.

As accións fan encamiñadas, como sinalou o Inspector Xeral de Servicios para concluír, cara a intentos de dota-la Administración pública autónoma de instrumentos que permitan racionaliza-lo seu gasto, ser máis eficaces e estar ó servicio dos cidadáns.

A sesión da tarde ocupouna persoal do Instituto de Estudos Fiscais e da súa Escola de Facenda Pública, concretamente os Sres. D. Vicente Pérez Menayo, director adxunto, e D. Jesús Bartolomé Llorente, coordinador de área, a través do relatorio "Xestión de calidade e austeridade na Administración pública".

Entre os temas que desenvolveron encóntrase a orixe dos movementos de calidade nas administracións públicas, no que vincula os conceptos de austeridade e calidade, fai unha análise e valoración da dimensión de servicio na xestión pública e propón unha serie de cambios nas organizacións públicas. Ademais, citáronse os principios de xestión da calidade total, tanto nos seus conceptos básicos como na súa aplicación á Administración pública (coas súas singularidades); o proceso de implementación desta calidade total a través da receptividade dos consumidores de servicios públicos, a avaliación e seguimento dos procesos e servicios, a súa mellora continua, e a participación do persoal; e por último, a xestión da calidade total<sup>8</sup>.

Os parámetros de aproximación á calidade veñen do mesmo pouso histórico comentado polos anteriores autores: a crise fiscal do Estado. O que aportan os relatores é a aproximación ó problema desde os presupostos da calidade total e o *management* público, basicamente co obxectivo de dota-las administracións públicas de "instrumentos de autocrítica".

<sup>8</sup> Sobre o concepto de calidade total e a súa aplicación ás administracións públicas temos que "... a calidade parece estar destinada a ser algo máis que unha moda pasaxeira, para converterse cada día en maior medida nun requisito de supervivencia das organizacións públicas (Cohen e Brand, 1993). E isto como consecuencia dos impactos exercidos polo desenvolvemento do Estado do benestar sobre a sociedade e as administracións públicas, así como polo efecto que sobre as organizacións públicas exerce o que se convida en denomina-la "crise fiscal do Estado" (O'Connor, 1980)" (páx. 171); *vid.* Bañón e Carrillo, "Avaliación da calidade dos servicios públicos", en Bañón (dir.), *A produtividade e a calidade na xestión pública*, EGAP, Santiago de Compostela, 1996, páx. 171-184.

Coa apertura ó mercado do ámbito público, cambian as aproximacións de transformación no seu seo (administración pos-burocrática), imbuídos tamén por unha nova dinámica social, constatada nos estudos de cambio administrativos comparados (en xeral en tódolos países da OCDE, e concretamente en EUA).

Despois de achegarnos ás experiencias en materia de xestión da calidade total (GCT), os autores sinalan un punto de inflexión nos procesos de cambio e modernización administrativa o Informe Gore<sup>9</sup> ("Crear uha Administración pública que funcione mellor e coste menos"), que destaca como clave "facer máis con menos"; non se trataría pois de realizar unha grande reforma estrutural senón pequenos cambios que lles engadan valor ós procesos de traballo das administracións públicas.

Entre as distintas propostas para promover cambios nas organizacións públicas, Pérez Menayo e Bartolomé Llorente sinalan unha serie de variables, como o feito de consideralas opinións dos funcionarios nos procesos de cambio, servir ó interese público, a receptividade administrativa ("capacidade daquela persoa para facer fronte ó proceso administrativo, co fin de facilita-lo seu acceso ás prestacións ás que teñen dereito a esperar da Administración"<sup>10</sup>), e a formulación de demandas cidadás de mercado para as administracións públicas.

Polo que se refire máis concretamente ós principios da xestión da calidade total (GCT) sinálase por parte dos relatores a adaptación de parte destes modelos provenientes do sector privado ó ámbito público, pero tendo en conta as súas peculiaridades. Entre os principios temos<sup>11</sup>:

- 1º. O cliente é o determinante esencial da calidade.
- 2º. A calidade debería proporcionar-lo ó produto o servizo desde o proceso de produción, máis que engadirlo ó final.
- 3º. A prevención da diversidade é a clave para producir unha alta calidade.
- 4º. A calidade resulta de tódalas persoas que traballan no sistema, non dos esforzos individuais.
- 5º. A calidade esixe unha mellora continua dos inputs e procesos.
- 6º. A mellora da calidade esixe unha forte participación do persoal da organización.
- 7º. A calidade esixe un compromiso de toda a organización.

Todo isto deberá, pois, aplicárselle á Administración pública, polo que a pregunta é ¿pode ser asumida a GCT por ela?, para o que haberá que resolver unha serie de problemas preeliminares:

<sup>9</sup> A importancia e repercusión do informe nas administracións públicas dos países occidentais foi tal que o dito documento serviu de base a posteriores traballos de reforma e modernización, tanto en gobernos nacionais como subnacionais; documento que traduciu ó castelán e publicou o Instituto Vasco de Administración Pública.

<sup>10</sup> *Vid.*, Pérez Menayo e Llorente, "Xestión de calidade e austeridade na Administración pública", en "Xornadas de estudio sobre a austeridade no gasto público", EGAP, Santiago de Compostela, 1996.

<sup>11</sup> Segundo SWISS, citado polos relatores.



- Co fin de distinguir servicios (xenericamente, públicos) e productos (privados), así: intanxibilidade, heteroxeneidade, inseparabilidade de produto e consumo, e caducidade.
- Dificultade de defini-lo cliente da Administración.
- Excesiva énfase nos recursos e procesos.
- E por último, o cambio na cultura organizativa pública.

A grande pregunta será qué facer para aplicarlles estes principios ás administracións públicas, xa que o que se pretende a través desta GCT é "a integración de tódolos procesos e procedementos das áreas funcionais así como implicar todo o persoal involucrado co apoio da organización"<sup>12</sup>.

Ademais do anterior, temos ante nós o cambio de orientación dos cidadáns con respecto á consideración de "o público" ("consumidores vixiantes"), polo que as administracións públicas se ven na necesidade de lexitimá-las súas accións, xa que a lexitimidade legal-racional weberiana está cada día máis cuestionada<sup>13</sup>. Isto produce, ademais, a entrada do concepto cliente na relación dos cidadáns coas administracións públicas (OCDE, 1987), o que supón a consideración dunhas novas variables nas relacións cidadán-persoal público (constatadas en estudos empíricos en sectores de servizo en EUA):

- **Elementos tanxibles** (acceso e aparencia das insituacións, persoal de atención e materiais de comunicación); **fiabilidade** (servizo prometido de forma fiable e coidadosa, rectificacións, queixas, etc.); **capacidade de resposta** (disposición e vontade de axuda, servizo rápido, etc.); **seguridade** (inspirar credibilidade e confianza); e **empatía** (poñerse no lugar do cidadán).

A avaliación e seguimento destes procesos e servizos, segundo os relatores, basearíase non en medi-la realización de tarefas senón en centrarse nos procesos e a consecución de resultados, a través dos *policy analysis* ou análises de políticas públicas<sup>14</sup>. Por isto, unha vez que o traballo se conceptualiza como un proceso, será posible aplicar todas estas técnicas de medida, análise, avaliación e control.

Para os autores, o bo da GCT é que non require elementos técnicos excesivamente complicados; así só son necesarias as **sete ferramentas do control da calidade** "Sete C": diagrama de Pareto, diagrama causa-efecto, histogramas, cartas de control, diagramas de dispersión, gráficos e follas de comprobación) e as **sete ferramentas adicionais** ("Novas sete": diagramas de relacións, diagrama de afinidade, diagrama de árbore, diagrama matricial, diagrama matricial para a análise dos datos, carta do programa de decisión do proceso, e diagrama de frecha). Ade-

<sup>12</sup> Pérez Menayo e Llorente, 1996, *op. cit.*

<sup>13</sup> A lexitimidade non é só un concepto senón un novo xeito de prestixia-la acción pública, así, e segundo Bañón e Carrillo, "Para cumprir la función legitimadora los servicios públicos tienen que ofrecer un contraste con los privados, llegar allí donde los privados no quieren o pueden llegar. Es decir, tienen que revestirse de objetividad y universalismo para neutralizar el escepticismo social acerca de su necesidad y de su utilidad" (p. 58), *vid.*, Bañón y Carrillo, "La productividad y la calidad: ¿respuestas de la Administración pública para la escasez y la incertidumbre?", en Bañón (dir.), *La productividad y la calidad en la gestión pública*, EGAP, Santiago de Compostela, páx. 51-66.

<sup>14</sup> "A cuestión analítica última, polo tanto, na análise de políticas públicas do mundo real é establecer esquemas de pensamento sobre situacións conflictivas máis que ilustrar sobre cómo un modelo ou ideoloxía podería ser aplicado a problemas ideados como exemplos analíticos", páx. 8, *vid.*, McGregor, E. (jr.), "Orixes e tendencias da análise das políticas públicas", *Política y Sociedad*, n.º 3, Madrid, 1989, páx. 7-14.

mais de todo isto, son de especial relevancia os elementos cualitativos, xa que contribúen a toma-lo pulso da organización e constata-los seus avances ou retrocesos a través dos seus propios axentes.

Por todo o anterior, a calidade é un proceso de mellora continua (seguindo os principios o *Kaizen* xaponés<sup>15</sup>, onde “non debe pasar un día sen que se leve a cabo algunha clase de mellora nalgún lugar da organización”). Aquí é especialmente relevante o papel dos directivos públicos como coñecedores da problemática global da súa organización tomando decisións, pero deixándolle facer ó persoal técnico encargado das tarefas. Por iso, e seguindo os principios da GCT, o que a calidade sexa un proceso de mellora continua supón que a receptividade dos directivos e o persoal de liña cara ós novos enfoques xerenciais é esencial para a súa correcta execución. Así, a participación do persoal configúrase como o elemento clave, xa que as persoas (o **capital humano**) son “ó final o elemento competitivo diferenciador dunha organización”<sup>16</sup>.

Para concluír, os autores sinalan a utilidade da GCT **reformada**, basicamente porque representa unha nova filosofía “un novo enfoque integrado de vellas-novas ideas, que pode axudar a refresca-los principios do *management*”<sup>17</sup>.

A cuarta conferencia das xornadas estivo dedicada a “Os sistemas de información nas administracións públicas”, a través da exposición do Sr. D. Alejandro Keckler de Elizalde, directivo de *Coopers & Lybrand*.

O relator deu unha visión global do que supoñen os sistemas de información sobre a organización e xestión do traballo das administracións públicas, concretamente sobre a estrutura organizativa destes sistemas en cada un dos niveis de goberno (local, autonómico e estatal), a racionalización dos procedementos administrativos, o apoio destes sistemas á dirección, e a problemática relacionada neste campo cos recursos humanos.

Polo que respecta á Administración local, o servizo de informática ben é unha unidade interna dependente dun concelleiro, ou ben é unha empresa mixta ou privada que traballa para o concello. Todo isto supón unha serie de problemas xurídicos, de comercialización, e de custe real que dan a verdadeira dimensión do problema.

Por outro lado a *Administración autonómica*, seguiu o modelo de estrutura organizativa da Administración xeral do Estado, incluído no que se refire a prestación de servizos informáticos. Así, e segundo o relator, a “arquitectura” deste sistema segue o seguinte esquema:

<sup>15</sup> O *Kaizen* é o libro do xaponés Masaaki Imai onde se resume a filosofía da calidade total e dos círculos de calidade total (*Company-Wide Quality Control*) aplicados á xestión dos recursos humanos dunha organización; *vid.*, Galgano, A., “Calidad Total. Clave estratégica para la competitividad de la empresa”, *La Gaceta de los Negocios y Coopers & Lybrand*, Madrid, 1993, páx. 15.

<sup>16</sup> Os recursos humanos das organizacións son, ou deberían ser, a clave de tódolos procesos de cambio, neste caso, nas administracións públicas, por iso cando se incide no elemento humano é porque sen el non existiría nin tan sequera o mesmo proceso de cambio.

<sup>17</sup> Pérez Menayo e Llorente, 1996, *op. cit.*

- Consellería de Presidencia, arquitectura centralizada.
- Outras consellerías desmárcanse porque pensan que o sistema no lles é útil (conflicto).
- As aplicacións informáticas horizontais con compoñentes económico e orzamentario serán lideradas por Economía e Facenda (Presidencia, as verticais de cada consellería, e as horizontais de xestión de persoal e rexistro).
- Cada consellería inicia as peticións de desenvolvemento das aplicacións verticais (ou específicas, propias ou individuais) ás de Presidencia, etc.

Todo isto ata chegar a un punto de conflito (caos) e división do sistema onde a Consellería de Presidencia fixa os estándares de *hardware* e *software* e as necesidades de formación (creáse un Servicio de Informática) mentres que a de Economía e Facenda implanta as súas propias aplicacións horizontais.

Como sinalou o Sr. Keckler de Elizalde todo isto xera un caos organizativo e de información que produce un aproveitamento non óptimo dos recursos, e problemas sectoriais nos:

- *Recursos humanos*, de difícil selección.
- *Recursos orzamentarios*, dificultade en coordinar tódolos orzamentos.
- *Recursos tecnolóxicos*, xa que non se dispón dun bo sistema de mantemento e soporte a nivel autonómico.
- *Situación xurídica*, sociedades con capital mixto que entran en conflito coa nova Lei de contratos das administracións públicas.
- *Marco de competencias*, falta por completa-lo traspaso dalgunhas competencias.
- *Escasa conexión co sector privado*, para limita-la estacionalidade dalgunhas xestións (licencias de pesca e caza, axudas e subvencións á agricultura, etc.).

Para solucionar estes problemas, o relator sinala a aplicación dunha serie de principios político-organizativos, como son o principio de **subsidiariedade** (considerado no marco europeo), a **Administración única** (centrada, sobre todo, nas comunidades autónomas uniprovinciais), e o **pacto local** (obxectivo, conseguir aforros substanciais de custes).

Polo que se refire á *Administración xeral do Estado*, e segundo o relator, o cambio céntrase na optimización dos custes nos servizos de informática, basicamente a través do labor realizado desde hai trece anos pola Comisión Interministerial de Adquisicións de Bens e Servizos Informáticos (CIABSI).

O sistema anterior permite coñecer ónde se pode aforrar, e

obter eficacia e eficiencia na xestión (na propia función informática, na xestión interna dos procedementos, e na contratación e mantemento). Por isto, conseguíronse unha serie de logros como a posta en marcha de proxectos de mellora na xestión e información (Proxecto SSD-CIABSI, SILICE, ISTMO, METRICA, etc.), tanto na Administración xeral como na local, co obxectivo básico de evita-la duplicidade de iniciativas e de que cada proxecto lle sirva de base e experiencia ó seguinte.

A racionalización dos procedementos administrativos foi outro dos puntos importantes do relatorio do autor, segundo o cal constitúe "o elemento básico sobre o cal se poden obter -incluso en moi curto prazo- aforros substanciais de custes"<sup>18</sup> nunha serie de actividades, involucrando ó persoal e adaptando os sistemas de información ós procedementos.

Os sistemas de información á dirección (EIS) supoñen coñecer, en tempo real, a situación das actividades da súa organización (coñece-la situación e execución do presuposto, segui-la recadación, o cadro de persoal, etc.). Para isto, haberá que elaborar indicadores de xestión, establecer experiencias piloto, o mesmo tempo que o sistema debe ser sinxelo, e debe permitir-lo acceso a calquera fonte ou base de datos.

O último elemento ó que aludiu o Sr. Keckler de Elizalde foi a relación sistemas de información e recursos humanos, e sinalou que na actualidade existen unhas tendencias cara ó *soporte de negocio* (forte coñecemento e adecuado técnico da Administración) e os *servicios técnicos* (forte coñecemento técnico e mínimo da Administración), o que produce unha necesidade de profesionalización do persoal público (nova xestión pública), maiores xeralistas que especialistas, con grande capacidade de comunicación e negociación.

O anterior xera unha serie de problemas que fan que o produto final (o servizo público de calidade orientado ó cliente -tanto interno, compañeiros de traballo, como externo, cidadáns) se vexa afectado e limitado nos seus impactos.

Como conclusión o Sr. Keckler de Elizalde aludiu ós sistemas de información como factor clave de aforro e mellora da xestión nas administracións, para o que será necesario determina-las metodoloxías de aplicación e desenvolvemento dos sistemas, coordinar con outras administracións as súas experiencias, reformula-lo papel dos recursos humanos, racionaliza-los procedementos, evita-las figuras tecnolóxicas, e ser cauto ("o mellor é inimigo do bo").

A quinta conferencia das xornadas estivo a cargo de D. Julio Seage Mariño, subdirector xeral de Análise de Custos de Persoal

<sup>18</sup> Keckler de Elizalde, A., "Os sistemas de información nas administracións públicas", en "Xornadas de estudio sobre a austeridade no gasto público", EGAP, Santiago de Compostela, 1996. Por outro lado e sobre a simplificación administrativa e racionalización de procedementos, *vid.*, tamén os relatorios presentados na "Xornada sobre simplificación administrativa", organizada pola EGAP na Coruña en 1995, e onde se trataron temas relacionados coa nova lei de procedemento administrativo, a simplificación administrativa como obxectivo estratéxico da reforma da Xunta de Galicia, e a calidade nos procesos da Administración pública.

do Ministerio de Economía e Facenda, que falou do “Déficit público e racionalización de gastos de persoal”.

O problema relevante sitúase no espectacular incremento dos recursos humanos das administracións públicas e o custe que supón, fundamentalmente a partir da primeira crise do petróleo de 1973. No noso país (1994), o problema é de maior relevancia por mor do elevado déficit orzamentario das administracións públicas (dos máis elevados de Europa).

O proceso de modernización de España e a posta en marcha dun sistema de benestar de corte europeo, produciu o grande crecemento do gasto público. A todo isto hai que engadirlle o proceso de descentralización territorial iniciado en 1978 coa entrada en vigor do Estado das autonomías.

A conclusión parcial é que todo este complexo proceso supuxo a utilización dun grande volume de empregados públicos (1970, 5,7% - 1990, 15,2%; aínda seguimos estando por debaixo da media de empregados públicos dos países da OCDE, 19,4%<sup>19</sup>), o que produciu, ó cabo, un incremento dos gastos de persoal.

Entre as causas do crecemento do gasto de persoal temos fundamentalmente e segundo o Sr. Seage:

■ *A política expansionista do sector público nos anos 1975-1995:* crecemento das prestacións da Seguridade Social, aumento dos gastos de consumo e emprego público, e crecemento do investimento público.

■ *Indisciplina orzamentaria:* falta de coordinación sectorial, falta dunha cultura planificadora e de visión plurianual (o sistema de asignación orzamentaria segue sendo incrementalista, o proceso de elaboración do orzamento é moi curto e pouco participativo), etc.

Ademais de todo isto, o relator sinala os efectos que as continuas modificacións que se producen na organización (reorganizacións das súas estruturas) teñen sobre as administracións públicas; as ofertas de emprego público (cun incremento superior á demanda no período de 1985-1992); e o impacto das tecnoloxías da información (transformando os sistemas de xestión, as formas de organización e o contido dos postos de traballo).

Así, entre as alternativas de solución, o Sr. Seage Mariño propón catro puntos básicos:

1. Mellora-la xestión e calidade dos servicios prestados.
2. Reduci-lo volume do sector público (sen cuestiona-las liñas básicas dos servicios que presta o Estado de benestar).
3. Reduci-lo excesivo peso dos gastos de persoal no conxunto das administracións públicas.

<sup>19</sup> Estes datos déronse en 1996 con respecto a anos anteriores, co que a situación no ano 1997 do emprego público pode sufrir lixeiras variacións.

4. Cuestiona-la capacidade de xestión e o estatus profesional dos recursos humanos da Administración.

Ante isto, o relator presenta tres alternativas:

1. *Programas de "modernización"*: medidas de mellora da Administración pública española a través de catro grandes apartados (políticas de recursos humanos, medidas de descentralización, novos instrumentos de xestión, e cambios culturais), cunha serie de efectos perversos sobre ela nos últimos anos.

2. *Plans de emprego*: ou racionalización dos efectivos de persoal, que "se conciben como un conxunto de medidas destinadas a determina-las necesidades dunha organización en recursos humanos, tendo en conta as funcións da súa organización nun período de tempo determinado"<sup>20</sup>. Cun éxito relativo (tres plans aprobados en febreiro de 1996 –Ministerio de Defensa, INEM, Correos– e outros tres pendentes de aprobación –MOPTMA, CIEMAT, TURESPAÑA– cun custe superior a 8.000 millóns de pesetas), xa que haberá que esperar a avaliar para saber exactamente os seus resultados, aínda que o feito de que se establecesen só estes plans de emprego dá unha idea do desprestigio no que actualmente se encontran.

3. *Programa de racionalización*: ante a necesidade urxente de reduci-los custes dos recursos humanos e facer máis eficiente a Administración pública. Entre as medidas consideradas, están as de medio e longo prazo.

O Sr. Seage Mariño realizou un breve estado da cuestión das experiencias similares en redución do gasto público en países do noso contorno (Gran Bretaña, Canadá, Francia, etc.), nos cales se destacan unha serie de trazos comúns:

1. Papel do sector público (privatizacións).
2. Función pública (profesionalización, modernización, etc.).
3. Organización (descentralización dos servizos).
4. Avaliación de políticas públicas (xestión dos recursos públicos no sentido de que se destinen a satisfacer necesidades debidamente avaliadas).
5. Programación plurianual e orzamento (negociación coas unidades con responsabilidade).
6. E por último, potenciación da función directiva (recurso máis valioso das empresas).

Entre as liñas estratéxicas de solución, o relator propón unha serie de medidas ("Programa de racionalización da Administración pública"), como son:

<sup>20</sup> Seage Mariño, 1996, *op. cit.* |

■ Redución do gasto público e do tamaño do Estado.

- Adaptación da Administración pública ó Estado de benestar, ás peculiaridades do Estado das autonomías e ás esixencias da Unión Europea.
- Responsabilidade e profesionalidade.
- Eficacia e legalidade.
- Técnicas de xestión privada.
- E transparencia na xestión.

Así, e como medidas concretas de redución do gasto de persoal, o relator sinala catro ámbitos de actuación:

1. *Medidas impulsoras da reforma*: cunha unidade multidisciplinar de apoio dependente do presidente do Goberno (“Unidade de Racionalización do Gasto Público”).

2. *Reformulación do Estado*: a través da simplificación da Administración e da definición de sistemas autónomos de xestión (clara regulación das entidades públicas).

3. *Racionalización do gasto público*: nova política orzamentaria baseada en principios estratéxicos (cambios na técnica de elaboración dos orzamentos, mellora dos sistemas de orzamentación dos ingresos derivados da prestación de servicios), nova política de control do gasto (avaliación *ex-ante*, durante e *ex-post*), e unha nova política de transparencia e de eficiencia no gasto público (mellora da Lei de contratos das administracións públicas).

4. *Ordenación do emprego público*: a través dunha serie de medidas como a potenciación da función pública profesional (carrera, novo Estatuto da Función Pública adaptado ó modelo autonómico), profesionalización dos directivos públicos (principios de mérito no acceso), programas de formación (a través do INAP e das escolas de formación pública autonómicas<sup>21</sup>), ademais doutras medidas de control do emprego público (vixia-la contratación temporal, limita-los incrementos dos “fondos” especiais na negociación salarial, flexibilidade na xubilación, e mobilidade dos empregados públicos).

Como conclusións, o Sr. Seage Mariño propón unha serie de medidas a curto e medio prazo, que se resumen en:

**A. Curto prazo**: Creación dunha unidade de impulso e coordinación de tódalas medidas de racionalización do gasto; limita-los gastos de persoal a través de medidas concretas de redistribución; políticas de moderación salarial do sector público que eliminen cláusulas estimuladoras do gasto; ampliación do prazo de elaboración do orzamento; revisión do sistema de planificación-orzamentación e negociación cos autores implicados; e, por último, maior rigor na orzamentación das sociedades.

<sup>21</sup> Polo que se refire a este punto, e tendo en conta a extraordinaria importancia que se lle está a dar a formación dos empregados públicos, temos na actualidade nesta complexa rede formativa polo menos catorce escolas de formación de funcionarios diferentes no noso Estado das autonomías, ás que lles hai que engadi-lo INAP como Escola Nacional de Administración Pública; todo isto dá unha idea da enorme complexidade que supón cada unha das medidas concretas de racionalización do gasto que no seu día propuxo o Sr. Seage Mariño.

**B. Medio prazo:** Creación dunha Unidade de Avaliación de Políticas Públicas na Presidencia do Goberno (coordinación); revisión da organización actual da Administración para facela máis eficiente (simplificación e profesionalización); elaboración dun estatuto da función pública (revisión do sistema de carreira e salarios, creación de incentivos); e revisión dos procedementos de avaliación de necesidades de gasto que reforce os labores de planificación.

A profesora D<sup>a</sup>. Blanca Olías de Lima Gete, directora do Instituto Complutense de Ciencia da Administración e profesora titular de ciencia política e da administración da Universidade Complutense de Madrid, participou nas xornadas e analizou "A xestión da escaseza", dentro dos parámetros fixados para a análise da capacidade do Estado (de benestar, mínimo, necesario), e a través da pregunta ¿como conseguí-los mellores niveis de benestar en condicións de escaseza?.

Blanca Olías segue a Crozier cando fala de cambios do Estado (fin da sociedade postindustrial, exceso de regulación do ámbito privado, cargas financeiras insostibles, etc.) e a Osborne e Gaebler<sup>22</sup> cando fala de cambios organizativos na Administración pública actual. Así temos unha serie de transformacións que afectan ó modo tradicional de realiza-las cousas e que require novas medidas para vellos problemas, entre eles:

1. *Transformacións da xestión pública*, baseando as súas actuacións en atende-las demandas significativas dos cidadáns e mirando e preguntando cara adentro da organización ¿cales son os nosos problemas?. Pasouse de busca-la *eficiencia* (adecuada utilización dos medios) á *eficacia* (valoración dos resultados).

2. *A fisionomía e o comportamento das organizacións públicas*, que se teñen que adaptar ó cambio rápido (tecnolóxico, organizativo, etc.), o que as obriga a actuar sobre dúas das súas variables fundamentais: a) o deseño organizativo (da simple implementación de técnicas adaptadas do contorno privado –PPBS, DPO– a actuar en tres niveis –obxectivos, medios e mercado público–; en definitiva: "Organizacións reducidas, flexibles, dinámicas e en continua transformación, capaces de adecuarse á demanda do servizo e ós seus cambios"<sup>23</sup>); b) e a maneira de enfoca-la prestación de servizos (cambio de mentalidade do empregado público, que debe buscar adecua-los servizos ás necesidades expresadas).

3. *Obstáculos técnicos*, atendendo a tres problemas de interese: a) a diferenciación das funcións de goberno e a súa regulación; b) a especificidade do medio público (competencia); c) e os sistemas de responsabilidade e control.

<sup>22</sup> Ámbolos autores son considerados os impulsores teóricos das reformas na Administración pública do presidente Clinton (Informe Gore) nos EUA a través do *reinventing government*; e son o espello onde se reflicten na maioría dos casos as comunidades autónomas españolas para face-las súas reformas e modernizacións administrativas, *vid.*, Varela Álvarez, E., "Administración Intelixente", *REGAP*, n.º 13, Santiago de Compostela, 1997, páx. 289-314.

<sup>23</sup> *Vid.*, Olías de Gete, B., "A xestión da escaseza", en "Xornadas de estudo sobre a austeridade no gasto público", EGAP, Santiago de Compostela, 1996.



a) Polo que se refire á diferenciación de funcións, a relatora sinalou a necesidade de deslinda-las esencias do Estado, aínda consciente da súa complexidade aludiu ós exemplos de privatizacións e semiprivatizacións para constatalo.

b) O medio público, e a súa especificidade que dependen de múltiples elementos e dan lugar a unha variedade complexa de organizacións (organismos autónomos, empresas públicas, axencias, etc.), o que significa que “non en tódolos casos en que unha organización se evade formalmente do dereito público desprázase do espacio público”<sup>24</sup>.

c) En terceiro lugar, os sistemas de responsabilidade e control, que no ámbito privado se identifican cos resultados mentres que no público se esvaen. A responsabilidade atinxe ó total da organización, non só ós directivos e xerentes, polo que ademais se deberá establecer un sistema de incentivos que coadxuve con el (“os incentivos se acomodan ás conductas desexadas e que se xeren expectativas positivas en relación con elas”<sup>25</sup>), para motivar realmente os empregados públicos nas súas accións. Polo lado do control, segundo a autora, obsérvase un interese crecente pola mellora dos sistemas de medición de resultados, ó incrementarse a demanda da capacidade de xerencia no sector público.

d) Problemas políticos (¿cal é o futuro das institucións públicas que debuxa este programa?), polo que se reclama un novo papel do centro político en colaboración coas axencias á hora de defini-los problemas dos servizos. O problema supono ó incorporar-lles valores ás opcións políticas de deseño de programas (estes valores “non só afectan á elección dos obxectivos, na súa dimensión de finalidades públicas, senón ó proceso mesmo mediante o cal se establecen”<sup>26</sup>).

Para a profesora Olías, todo o anterior configura un marco no cal están en xogo a lexitimidade e control das actuacións públicas, xa que por efecto dos procesos de desregulación e descentralización “o cidadán perde instrumentos valiosos para facer recoñece-las súas pretensións”<sup>27</sup>, ademais, a fragmentación de unidades réstalles a estas unidades xestoras capacidade estratéxica.

Por todo isto, e a modo de conclusión, Blanca Olías sinalou o carácter imprevisible das consecuencias que as novas tecnoloxías terán para a sociedade do futuro e os seus efectos na reconstrución do espacio político, e as dificultades, constatadas en tódolos procesos de modernización, para a reforma do Estado. Así “A xestión pública da escaseza é a procura dun marco máis axeitado para resolver problemas sociais e un novo modo de considera-la relación entre Goberno e sociedade”<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> *Ibid.*, Olías de Gete, 1996.

<sup>25</sup> *Ibid.*, Olías de Gete, 1996; neste caso e importante subliñalo incremento da complexidade da xestión pública coa irrupción de organizacións privadas, semipúblicas e semiprivadas, por exemplo no ámbito dos servizos sociais, o que deu paso ó denominado “terceiro sector”, ou sector da economía social, que se constata na actual actividade das organizacións non gobernamentais, as fundacións, asociacións, etc.: “É o sector do voluntariado o que crea capital social. Hoxe existen entidades gobernamentais, grupos profesionais, entidades non lucrativas, deportivas, de consumidores, ONGs, grupos de comunidades. En España hai miles de entidades non lucrativas e que non son públicas. Delas non se ocupa nin o sector do mercado nin o sector público”, Jeremy Rifkin autor de “El fin del Trabajo”, nunha entrevista concedida a *EL PAÍS. Negocios*, 17-XI-1996, páx. 5.

<sup>26</sup> Olías de Gete, 1996, *op. cit.*

<sup>27</sup> *Ibid.*, Olías de Gete, 1996.

<sup>28</sup> *Ibid.*, Olías de Gete, 1996.

O derradeiro relatorio estivo a cargo de D. José Vilas Nogueira, decano da Facultade de Ciencias Políticas e Sociais da Universidade de Santiago de Compostela, baixo o título "O gasto público como condicionante de estratexias políticas globais".

O profesor Vilas sinalou o pouco desenvolvidos que están os estudos sobre o gasto público, especificamente. Para o relator, os principais aspectos por analizar sobre o gasto público serían: o seu volume e implicacións; a natureza dos bens e servizos obxecto de gasto (bens colectivos e privados), a función económica do gasto (gastos de investimento e de consumo), e a demanda de gasto, ou sexa as preferencias dos diferentes grupos sociais en canto ó gasto público tanto no aspecto cuantitativo (volume do gasto demandado), como no cualitativo (demandas de investimento ou de consumo).

Polo que se refire ó volume de gasto público e as súas implicacións, o relator aludiu ó exceso de volume do gasto público nas sociedades avanzadas. Así, seguindo a Musgrave e O'Connor constatase o incremento do devandito gasto público en tódolos niveis do Estado ("Ó iniciarse esta década, o gasto público nos principais países da OCDE superaba o 35% do PIB –en España o 35,5%–, chegando nos estados escandinavos ó 50%"<sup>29</sup>), o que nos levou á crise fiscal e financeira do Estado, reflectida no déficit público, que ameaza con "eternizarse".

Para o profesor Vilas, algúns aspectos da xestión pública (desenso na presión fiscal, privatización de actividades e servizos) son respostas a este problema; por iso o problema do volume do gasto público non é outro que o seu financiamento, condicionándose mutuamente, polo que "as necesidades financeiras son, ..., un firme fío conductor para o estudio das experiencias estatais"<sup>30</sup>.

As relacións entre o Estado do benestar e o incremento do gasto público, foron cuestionadas polo relator que significou o feito de que o concepto de benestar se remonta "xa ó Estado mercantilista, como obxectivo central da súa política económica (de defensa, sostemento e estímulo por parte do príncipe da actividade financeira e comercial) e como premisa da súa política fiscal (reducción dos privilexios fiscais da nobreza e distribución máis equitativa das cargas fiscais entre as diversas clases)"<sup>31</sup>.

Segundo o relator a reducción do gasto público a través da mellora da xestión, fíxose actuando sobre a norma (constitucionalización do principio de eficacia), e a través do xiro privado na xestión de servizos e actividades que formaban parte da xestión administrativa indiferenciada.

<sup>29</sup> *Vid.*, Vilas Nogueira, "O gasto público como condicionante de estratexias políticas globais", en "Xornadas de estudio sobre a austeridade no gasto público", EGAP, Santiago de Compostela, 1996.

<sup>30</sup> *Ibid.*, Vilas Nogueira, 1996.

<sup>31</sup> *Ibid.*, Vilas Nogueira, 1996.

Verbo do gasto público, segundo o profesor Vilas, hai que diferenciar entre bens de consumo privado e colectivo (entre estes últimos está o grande debate sobre a maior ou menor regulación ou capacidade do Estado para actuar sobre o ámbito privado). Así, o sector privado non presenta problemas en canto a súa definición, mentres que na provisión de bens colectivos entran en xogo tódalas consideracións sociais de solidariedade e ética co fin de conseguir “a optimización das funcións de benestar social de todas e cada unha das persoas”<sup>32</sup>. O anterior pódese conseguir a través do sistema de prezos nun mercado competitivo, en tanto tódolos bens fosen privados; ó no ser así, xa que algúns bens non son producidos ou son producidos en cantidades insuficientes, faise *necesaria a produción colectiva*.

A outra diferenza establécese entre os **bens de capital e os bens de consumo**, xa que para Vilas Nogueira, o investimento social se pode dividir en capital físico e humano, ó constatar que en tódolos países avanzados se socializou todo ou parte dos custes de planificar, construír e modernizar proxectos de desenvolvemento social e físico (infraestruturas).

Polo que se refire á relación entre o gasto público e a natureza política dos bens e servicios, o profesor Vilas aludiu á máxima de que politicamente non tódolos bens e servicios son iguais, incluso cando comparten a mesma natureza económica. Así, a defensa nacional e a educación viviron etapas de crecemento e descenso segundo unhas ou outras prioridades de axenda política.


Para concluír, o relator sinalou a demanda de gasto público como tendencia decrecente pola presión á que é sometida tanto por causas internas (cidadáns) como externas (compromisos de Maastricht).

A mesa redonda, que serviu para clausurar estas “Xornadas de estudio sobre austeridade no gasto público”, foi tamén utilizada para poñer de relevo a importancia dos elementos aquí analizados. Así, foron obxecto de debate o *papel do capítulo II do orzamento* como medida restrictiva e de austeridade (aínda que coas limitacións da súa contía); a relación da proposta de *Administración unica cos plans de emprego*, e a *emergente potencia das relacións intergubernamentais* (RIGS) como factor de desenvolvemento das políticas públicas (tanto nos niveis nacionais como nos subnacionais<sup>33</sup>); a aprobación dun *estatuto da función pública* como marco esencial de referencia, substituíndo o sistema de postos de traballo pola carreira; a *profesionalización dos directivos públicos* e o seu recrutamento; a *avaliación do rendemento con carácter selectivo*; e, por último, a *modificación das cláusulas de*

<sup>32</sup> *Ibid.*, Vilas Nogueira, 1996.

<sup>33</sup> Polo que se refire ás relacións intergubernamentais (RIGS), e seguindo a definición de Anderson (1960:3) “un continxente de actividades ou interaccións que teñen lugar entre unidades de goberno de todo tipo e nivel territorial de actuación”; para introducimos na cultura da xestión intergubernamental pódense revisar, entre outras, as seguintes obras: Anderson, W., *Intergovernmental Relations in Review*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1960 / Wright, D.S., “Managing the Intergovernmental Scene”, en William Eddy, (ed.) *The Handbook of Organization Management*, Marcel Dekker, Nova York, 1984 / Wright, D.S., *Understanding Intergovernmental Relations*, 3ª ed., Brooks/Cole Publishing Company, California, 1988/ Agranoff, R. “Marcos comparados para el análisis de las relaciones intergubernamentales”, *Papeles de Trabajo de Gobierno y Administración Pública*, n.º 0291, IUOG, Madrid, páx. 1-45 / Agranoff, R., “Las relaciones intergubernamentales y el Estado de las Autonomías”, *Política y Sociedad*, n.º 13, Madrid, 1993, páx. 87-105.

*revisión salarial*, xa que en momentos de déficit público non é aconsellable polo "efecto espello" que ten no resto da sociedade.

Así, clausuráronse estas xornadas, cunha importante participación e presenza de público, o que alentou os relatores, organización e os mesmos asistentes a repeti-la experiencia. 





**B**IBLIOGRAFÍA

E RECENSIONES



## *Xurisdicción ordinaria e Tribunal Constitucional*

---

Ramón Punset Blanco *et al.*

---

EGAP, Santiago de Compostela, 1996.

As achegas doutriniais que recolle este libro, foron, no substancial, expostas polos seus autores no curso que, sobre o tema "Xurisdicción ordinaria e Tribunal Constitucional", se desenvolveu na sede santiaguesa da Escola Galega de Administración Pública, os días 12, 13 e 14 de decembro de 1996.

No citado curso, ó que asistiron membros das diversas profesións xurídicas, propúxose, mediante as conferencias e debates programados, suscita-la reflexión e a discusión sobre dous importantes cuestións da estrutura e funcionamento do noso Estado de dereito: o papel dos órganos xudiciais na defensa da efectividade da Constitución e as relacións entre eses órganos e o máximo intérprete da lei fundamental como consecuencia da función tuitiva encomendada, en grao e intensidade diferentes, ás distintas ordes da xurisdicción ordinaria e da xurisdicción constitucional.

O empeño desta obra consiste en clarifica-los problemas de articulación existentes entre o Poder Xudicial e o Tribunal Constitu-



cional no exercicio da xustiza constitucional configurada polo ordenamento español.

A presentación do libro *Xurisdicción ordinaria e Tribunal constitucional* realizouna D. Domingo Bello Janeiro, director da Escola Galega de Administración Pública, sendo os relatorios que se recollen no mesmo, os seguintes:

*1º. Tribunal Constitucional e órganos xudiciais na tutela da supremacía da Constitución. Unha perspectiva xeral.*

Ramón Punset Blanco, catedrático de dereito constitucional da Universidade de Oviedo, limítase neste relatorio a esquematizar a participación dos órganos xudiciais na tutela da efectividade da lei fundamental. Unha participación que configura un réxime de control xurisdiccional de constitucionalidade, as potenciais disfuncións do cal só se poden previr deseñando canles de conexión que, sobre a base da superioridade do TC na interpretación de *toda* a Constitución, fagan factible a recondución a unidade da dispersión doutrinal inherente á pluralidade de xulgadores *secundum Constitutionem*, pluralidade, en fin, requirida pola propia normatividade do texto constitucional.

*2º. A tensión no Tribunal Constitucional e a xurisdicción ordinaria.*

Andrés de la Oliva Santos, catedrático de dereito procesual da Universidade Complutense, formula nun plano eminentemente descriptivo, unha serie de consideracións, co propósito primordial de intentar explicalo que, xa dende 1982, ven algúns autores como invasión polo Tribunal Constitucional do terreo atribuído como propio e exclusivo dos tribunais da xurisdicción ordinaria.

*3º. Os órganos xurisdiccionais e a protección do sistema de repartimento de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas.*


Pablo Pérez Tremps, catedrático de dereito constitucional da Universidade de Estremadura, vocal da Xunta Electoral Central e ex-letrado do Tribunal Constitucional, intenta analizar de forma sistemática a posición de xuíces e tribunais ordinarios ante o repartimento de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas, así como trata-los principais problemas que esa análise suscita. Pablo Pérez Tremps sinala que os ditos problemas son abundantes e que deron lugar a unha xurisprudencia ordinaria e constitucional pouco clara e a un amplo debate doutrinal, no que, na súa opinión, se mesturaron razoamentos procesuais e materiais; aínda que ámbolos aspectos están intimamente unidos, o autor sinala que unha correcta comprensión dos problemas xurídicos esixe, a miúdo, unha previa construción doutrinal que delimite esas dúas dimensións.

4º. *Doutrina e xurisprudencia do Tribunal Constitucional:  
A súa eficacia respecto dos tribunais ordinarios.*

Jesús María Santos Vijande, profesor titular de dereito procesual da Universidade da Coruña, trata unha cuestión que, en lugar de esclarecerse co paso do tempo, adquiriu, ó seu parecer, unha complexidade aínda maior se cabe, como consecuencia da promulgación e vixencia da Lei orgánica do Poder Xudicial de 1985. O autor alude en concreto, ás dificultades de interpretación que suscita o artigo 5.1 da dita lei, cando, como non pode ser menos, se compara a súa redacción co ordenado polo artigo 164 da Constitución española de 1978, e por certas disposicións da Lei orgánica do Tribunal Constitucional.

5º. *Cuestións irrelevantes.*

Javier Jiménez Campo, catedrático de dereito constitucional e secretario xeral do Tribunal Constitucional, preséntanos un traballo publicado no *Anuario de Dereito Constitucional e Parlamentario*, coeditado pola Universidade de Murcia e pola Asemblea Rexional da dita Comunidade Autónoma (número 7, correspondente ó ano 1995).

O recurso de amparo pasa por se-lo primeiro problema da xurisdicción constitucional en España. No ámbito dos procesos, a resolución dos cales é, por decisión da LOTC, competencia exclusiva do Pleno do Tribunal, a cuestión de inconstitucionalidade destácase, segundo o criterio de Javier Jiménez Campo, como a canle que demanda unha atención máis precisa, sen que isto non nos leve á aceptación de que aquel problema principal –o máis urgente– sexa, en solitario, “o problema” da nosa xurisdicción constitucional. 

José María Rebolledo Varela  
Bolseiro da EGAP



## *O informe PICQ*

---

Estudio introductorio de  
**José Manuel Canales Aliende e  
José Manuel Rodríguez Álvarez**

---

Santiago de Compostela, EGAP, 1996.

**S**eguindo a liña editorial iniciada pola Escola Galega de Administración Pública e dentro da colección "Monografías", sae á luz unha nova obra titulada "O informe PICQ".

O texto do informe vai precedido dun estudio sobre as súas achegas, metodoloxía do traballo e baleiros, levado a cabo polo profesor da Universidade Complutense de Madrid D. José Manuel Canales Aliende, coa colaboración do profesor da Universidade Autónoma de Madrid D. José Manuel Rodríguez Álvarez.

Este informe, que lle debe o seu nome ó principal inspirador e presidente encargado da súa elaboración, Jean Picq, conselleiro do Tribunal de Contas, ten o suxestivo e significativo título de "O Estado en Francia. Servir a unha nación aberta ó mundo", e vén formula-lo debate en Francia sobre as finalidades e actuacións que debe mante-lo Estado e as administracións públicas no contorno actual de finais do milenio, sen que estas circunstancias poidan cuestionar nin a súa esencia nin a súa supervivencia.

O informe contén unha importante reflexión e proposta para a modernización do Estado e das administracións públicas de Francia. Formúlanse cuestións desde a perspectiva da realidade e continxencia do propio sistema francés, non se trata polo tanto, dun modelo importado doutros informes aparecidos con anterioridade.

Ante todo o informe nin é un produto de "punto final" nin o pretende ser; é sobre todo un diagnóstico e unha reflexión dun grupo de expertos nomeados polo Goberno, (a comisión creouna o primeiro ministro Edouard Balladur), ó que finalmente se lle entregou o documento, coas súas opinións e propostas.

Na redacción do informe tívose en conta a opinión de máis de setecentas persoas do país, (recollidas nun dos anexos da obra), relacionadas e ben coñecedoras do sector público francés e das experiencias doutros países do seu contorno.

A comisión leva a cabo o seu labor a través de dúas técnicas de traballos: a primeira será a consulta a persoas expertas da realidade administrativa, tales como primeiros ministros, ministros, altos cargos, sindicalistas, empresarios, economistas, altos funcionarios e profesores universitarios. E a segunda técnica empregada é a avaliación das distintas estruturas orgánicas, analizando carencias, disfuncións, posibles diminucións e racionalizacións de custos.

Para conseguilo seu fin, a comisión fórmulase tres cuestións básicas ás que se lles debe responder axeitadamente:

1ª. ¿Cales son as prioridades do Estado?

2ª. Medios e estrutura orgánica do Estado para levar a cabo as súas competencias.

3ª. Instrumentos máis axeitados para optimizar a xestión do orzamento público.

Estas cuestións análízaas a comisión a través de tres etapas sucesivas: nunha primeira etapa, estúdanse as altas competencias estratéxicas do Estado, téñense en conta as experiencias estranxeiras; unha segunda etapa consistiu no estudio dos novos métodos de xestión pública; e por último, elaboráronse propostas dirixidas primordialmente á diminución e supresión de estruturas e procedementos administrativos.

Considérase vital para a posible realización das súas propostas, ante todo a vontade política permanente das altas instancias do Estado, o apoio dos funcionarios e por último un alto grao de comprensión da cidadanía. Estes tres requisitos non só condicionan o éxito e a eficacia de calquera proceso de modernización administrativa, senón que tamén explican os fracasos dalgunhas experiencias habidas anteriormente.

A problemática e a realidade sociopolítica non se deben nin se poden descoñecer, e un aspecto destacable do informe é a plena consideración que lle atribúe á dimensión europea como marco no

que desenvolve e actúa o Estado a as administracións públicas en Francia, caracterizando a Unión Europea como un sistema político orixinal e moi lonxe da concepción clásica do dereito internacional.

O informe realiza unha formulación do Estado de carácter non ideolóxico, senón que se fundamenta nas realidades e necesidades do momento, ó sinala-las competencias que se consideran primordiais ante a configuración dun novo modelo de Estado cara ó ano 2000: destácase a importancia da educación, da formación e da cultura do país, así como da súa proxección exterior.

A ordenación do territorio aparece como unha grande cuestión, xa que este é un factor determinante do desenvolvemento económico e social equilibrado, e non ó revés.

Só o Estado ten unha visión do conxunto do territorio, que permite harmoniza-los diferentes intereses en xogo, por dispoñer de información que lle permite velar por un desenvolvemento xusto de tódalas partes do territorio.

Non obstante, o papel do Estado non se concibe desligado do mercado e da economía, senón relacionado con estes de modo diferente, non se trata de intervirlo nin de regulamentalo, senón de fomentalo e de actuar como árbitro.

Cuestiónase tamén a pervivencia do modelo territorial administrativo actual francés, ó coexistir demasiados niveis de entidades administrativas, e postúlase por unha modernización e racionalización axeitada ós problemas do momento, xa que o concello resulta moi pequeno, o departamento demasiado uniforme, e a rexión non se corresponde co modelo europeo.

Ademais, propónse como alternativa a cooperación intermunicipal e a creación de áreas metropolitanas. A coñecida idea do presidente Fraga "Administración única" parece que inspirase os autores do informe e, o que resulta claro, é que nos atopamos ante un problema común a moitos países europeos influídos polo modelo francés.

A prospectiva e a avaliación considéranse técnicas moi valiosas para o debate público verbo do proceso de modernización administrativa e en concreto para o debate orzamentario.

A despolitización da función pública e a súa profesionalización, a base dun sistema obxectivo de carreira administrativa, de formación e de retribucións dignas, a idea da creación dun Centro Superior de Xestión Pública e a aplicación dun réximen de incompatibilidades máis ríxido, son igualmente ideas analizadas polos expertos.

Como grande lagoa do informe, sen prexuízo da utilidade de moitas das súas achegas e propostas, é a carencia da lexitimación parlamentaria, o esquecemento da dimensión política do Estado e das administracións públicas, e ademais, outro baleiro notable é que non se basea na opinión pública.

A necesidade de consenso político e social nun documento deste calibre e transcendencia parecen, de entrada, imprescindibles.


Por outro banda, os redactores do documento, con formación e actitudes tecnocráticas, (non é casualidade o feito de que o presidente da comisión sexa un membro cualificado do Tribunal de Contas, senón que se inscribe na longa tradición francesa de relación entre os grandes profesores e expertos en Administración que foron funcionarios desa institución nalgún momento), esquecen ás veces a importante perspectiva e dimensión política existente entre o Estado e a Administración pública.

Ademais podemos sinalar que, a descentralización mencionada no informe, éo puramente administrativa e non política. Así mesmo, bótase en falta un tratamento máis profundo no tema dos recursos humanos, a selección e formación dos cales se esixe que sexa axeitada ós tempos actuais, no referente ó papel e á problemática da elite burocrática, baleiro sorprendente para un sistema como o francés, onde a tradición e importancia da ENA (Escola Nacional de Administración) foi desde sempre unha das súas características.

En definitiva, non abonda con cambia-las estruturas, os procedementos e a xestión, senón que é preciso que se produza un cambio cualitativo na cultura da xestión pública (valores, actitudes, aptitudes, ética, etc.), e da responsabilidade derivada da actuación pública.

O informe coas súas achegas e carencias, como toda obra humana, resulta de grande utilidade, porque trátase dun documento que serve para reflexionar sobre a necesidade dunha modernización administrativa considerada desde un marco máis amplo.

A sociedade de hoxe esíxelles ós poderes públicos unha actuación eficaz e eficiente e asemade transparente e, polo tanto, responsable.

O traballo da comisión, composta por nove expertos e presidida por Jean Picq, durou sete meses, desde novembro de 1993 ata maio de 1994, logo de consulta-la opinión de máis de setecentas persoas, con máis de trinta sesións e cento vinte horas de traballo, para redactar máis de seiscentas páxinas de informes previos, ata chegar ó informe final resumido, dunhas cento cincuenta páxinas. 

**Alfonso Jurado Moreda**  
Dolseiro da EGAP

## *Practical Public Management*

---

Robert T. Golembiewski

---

Marcel Dekker Inc., Nova York, 1995.

<sup>1</sup> Isto é compartido tanto pola literatura sobre xestión pública como pola que se refire ó sector privado, se é que constitúen conxuntos disxuntos. *Vid.*, Eric Abrahamson, "Management Fashion" en *Academy of Management Review*, n.º 1, vol. 21, 1996, páxs. 254-285.

<sup>2</sup> *Vid.*, T. Golembiewski, Robert, "Public Sector Organization Behavior and Theory: Pers-  
(*Continua na páx. 320*)

**B**oa parte da literatura referida á xestión pública, xeralmente a máis lida e influente, parece que está moi influída por modas e ciclos recorrentes nas ideas que a inspiran. Ben por razóns sociais ou psicolóxicas como o desexo por parte dos autores de parecer modernos ou de facer achegas que aparenten novas para que lles confiran prestixio académico ou profesional, ben por razóns conxunturais derivadas da frustración orixinada por unha crise económica ou por unha deficiente xestión que fan que os xestores públicos boten man da primeira idea de xestión nova que consideren apropiada para saír do paso<sup>1</sup>, a maioría dos libros e dos artigos publicados sobre esta temática acostuman, dun xeito oportunista no máis dos casos, a inspirarse nas ideas máis actuais no momento da súa publicación. Deste xeito, nesta literatura, que, como di o propio autor, aínda non conseguiu dentro do conxunto das ciencias sociais recoñecemento científico pleno<sup>2</sup>, dáse o fenómeno, non fre-



cuente noutras áreas de coñecemento, da rotación das mesmas ideas, con distintos nomes cada certo tempo, “viño vello en garrafas novas”, como se di no mundo anglosaxón, para tentar dar unha imaxe de modernidade e de progreso por parte dos “Gurus”, o que lles reporta normalmente cuantiosas recompensas pecuniaras e honras mundanas.

Pola contra, son pouco frecuentes neste gremio, moitas veces debido a que é pouco rendible económica e socialmente, os estudos serios e repousados así como a consagración de varios anos de traballo ó desenvolvemento dun corpo teórico elaborado, que transcenda o simplemente anecdótico sobre a xestión pública.

Isto é o que fai Robert T. Golembiewski. Este vello profesor da Universidade de Georgia, dedicou a súa vida a desenvolver un magno corpo teórico sobre a Administración pública. Un corpo teórico que abrangue moitas das dimensións asociadas á Administración pública cun obxectivo confesado: a loita contra a tiranía no interior das organizacións. A súa finalidade é alcanzar unha administración máis adecuada ás necesidades do ser humano, unha Administración pública que recolla os valores que se inspiran na ética xudeucristiá e os aplique, no seu funcionamento diario, ás relacións cos seus empregados e cos cidadáns<sup>3</sup>, unha Administración pública, en resumo, que sexa consciente de que moralidade e eficacia están unidas dun xeito indisoluble<sup>4</sup>.

O libro que recensionamos constitúe a conclusión e exposición sistemática de boa parte do seu traballo anterior. Moitas das ideas que expresa no texto, tales como os trazos que terán que te-las organizacións do futuro<sup>5</sup>, os valores que as deberán inspirar<sup>6</sup> ou os aspectos relativos ós dereitos de cidadanía<sup>7</sup> foron xa expostos e discutidos en traballos previos e fórmulanse dun xeito definitivo neste libro.

Hai, para Golembiewski, dúas actitudes cara ó sector público, duramente enfrontadas. A primeira é a dos “baleiradores” e “recortadores”, é dicir, a das persoas que buscan, ben baleira-lo Estado de competencias deixándoo reducido a unha especie de núcleo duro regulador pero baleiro de competencias reais de execución, ben recortar, poda-las frondosas pólas da árbore pública cortando as ramas tortas que zagan a súa seiva vital e que a debilitan. A literatura xerada por estes autores é moi extensa e non se circunscribe á retórica política, senón que discorre polos mares da teoría económica, a elección pública e as teorías da acción racional. Golembiewski (páx. 37) sintetiza as súas propostas en 5 puntos<sup>8</sup>:

■ A burocracia monocrática merece críticas, especialmente no sentido de que só os mercados poden crear competición e innovación, coa primeira consecuencia de que as organizacións inefectivas son eliminadas.

pectives on Nagging Problems and on Real Progress” en B. Lynn, Naomy e Wildavsky, Aaron, (eds.) *Public Administration. The State of the Discipline*, Chatham House, Chatham N.J., 1990, páxs. 127-156.

<sup>3</sup> Unha visión global do pensamento de Golembiewski pode verse nun libro moi útil para o estudioso da Administración pública, pois resume, sintetiza e actualiza boa parte do pensamento recente sobre a Administración pública. *Vid.*, B. Denhardt, Robert, *Theories of Public Organization*, Wadsworth Pub., Belmont Ca., 1993, páxs. 118-125.

<sup>4</sup> *Vid.*, as reflexións de Denhardt sobre a obra de Golembiewski no que se refire a este punto: B. Denhardt, Robert, “Morality as an Organizational Problem” en *Public Administration Review*, n.º 2, vol. 52, marzo/abril 1992, páxs. 104-5.

<sup>5</sup> *Vid.*, T. Golembiewski, Robert e W. Kuhnert, Karl, “Looking Toward 2000, and Beyond: Some Developmental Tendencies in Organizations” en *International Journal of Public Administration*, n.º 3&4, vol. 17, 1994, páxs. 777-802

<sup>6</sup> *Vid.*, T. Golembiewski, Robert, “Organization is a Moral Problem: Past as Prelude to Present and Future” en *Public Administration Review*, n.º 2, vol. 52, marzo/abril 1992, páxs. 99-103.

<sup>7</sup> *Vid.*, T. Golembiewski, Robert, “A Bit Further Toward «A Positive and Practical Public Management»” en *Administration & Society*, n.º 4, vol. 21, febreiro 1990, páxs. 493-500.

<sup>8</sup> Golembiewski inspírase nestes puntos na obra de V. Ostrom. *Vid.*, Ostrom, V., *The Intellectual Crisis in American Public Administration*, University AL., University of Alabama Press, 1973.

■ Os individuos deberían ter unha influencia maior, máis ampla na determinación das políticas públicas e na súa administración, tanto como membros e clientes das administracións públicas como por seren cidadáns.

■ Unha maior responsabilidade administrativa cara ás percepcións e desexos dos cidadáns tanto como unha maior produtividade no fornecemento dos servizos públicos son aspectos desexables e polos que hai que traballar.

■ Os patróns de pensamento e análise económicos poden ser poderosas axudas para mellora-la toma de decisións.

■ Poderían existir modos alternativos de fornecemento de bens e servizos con distintas consecuencias e custos.

A segunda perspectiva que distingue Golembiewski é a dos santificadores (*hallowers*) do sector público. Son unha serie de autores, poucos<sup>9</sup>, normalmente vinculados á ciencia política (as defensas do sector público adoitan vir dos politólogos, mentres que as críticas adoitan vir dos economistas<sup>10 11</sup>), os cales intentan defende-las administracións públicas das críticas<sup>12</sup>, ós seus ollos inxustas, ás que se ven sometidas.

Golembiewski quere superar esta polarización, na súa opinión non fructífera, en primeiro lugar criticando os argumentos de cada unha das partes e en segundo lugar, e a isto dedícalle a segunda parte do libro, desenvolvendo un modelo teórico que vaia máis alá desta visión maniquea da xestión pública. Un modelo, que como se dixo ó principio difire moito da literatura segundo costume sobre teoría da xestión pública, polo seu rigor conceptual e metodolóxico, non moi habitual neste tipo de literatura, e por querer transcender, sen por iso deixar de recoñece-los aspectos que poñan ter de interese, as modas e os ciclos recorrentes tan frecuentes nesta disciplina.

Tres son os puntos fundamentais que se poden distinguir na nova xestión pública proposta por Golembiewski:

■ O deseño estrutural. Este aspecto é o principal para Golembiewski. Afirmar que nin o pensamento proburocrático nin o anti-burocrático cuestionan realmente a burocracia. Uns porque lles gusta como funciona, e outros, os contrarios á burocracia (partidarios dos mercados) porque lles interesa unha estrutura administrativa ineficaz que permite, a diferenza de formas hipoteticamente máis eficaces, manter unha economía non controlada polo sector público e que obviamente os beneficia. Golembiewski fai referencia a varias posibles "revolucións" estruturais. A primeira consistiría nunha reorientación por medio de superposición de valores (ó reforma-la burocracia só naquilo que é ineficaz). A segunda sería o redeseño das burocracias mediante o uso de formas divisionais. A terceira consistiría en fundamentar ó redor de competencias cen-

<sup>9</sup> As máis coñecidas defensas son Charles T. Goodsell, *The Case for Bureaucracy*, Chatham house, Chatham, New Jersey, 1994 e Francis E. Rourke, *Bureaucracy, Politics and Public Policy*, Boston, Little Brown, 1984 (curiosamente non se fai referencia a esta última obra no libro).

<sup>10</sup> Principalmente os economistas da chamada escola da Public Choice. O seu autor máis representativo é William A. Niskanen. Unha recompilación da súa obra pode verse en Niskanen, W. A., *Bureaucracy and Public Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 1994.

<sup>11</sup> *Vid.*, Bozeman, Barry, "Review to Robert T. Golembiewski's Practical Public Management" en *Administrative Science Quarterly*, vol. 40, decembro 1995, páxs. 701-3.

<sup>12</sup> As críticas veñen de moitas partes, da economía como xa dixemos, da socioloxía, da psicoloxía, da literatura etc. Unha boa expresión destas críticas pode atoparse en Ralph Hummel, *The Bureaucratic Experience*, St. Martin Press, Nova York, 1994.

trais, basicamente un axuste do anterior, centrado na determinación de qué habilidades ou recursos deben ser asignados a cada fluxo completo de traballo.


■ Unha nova teoría da cidadanía. Golembiewski compara o concepto tradicional de cidadanía, que supón o control das conductas dos empregados polos *managers* por causa da súa posición na organización, cun novo modelo de cidadanía na que os directivos gañen o dereito a dirixir coa súa habilidade e experiencia na xestión, mentres que os empregados verían satisfeitas dun xeito mellor as súas necesidades individuais no referido ó traballo, conseguíndose así unha maior produtividade. En relación a este aspecto hai que ter en conta a atención que se lle presta no libro a un corpo de literatura denominado xenericamente *Quality of Working Life* que tenta resaltar e promover dimensións pouco consideradas na xestión como a seguridade, non só a física senón tamén a emocional, a derivada da estabilidade no emprego, a equidade na compensación polo esforzo, e o individualismo, referido ó desenvolvemento das habilidades persoais do traballador e da súa capacidade para a aprendizaxe continua.

■ A democracia nas organizacións (aspecto complementario do anterior) Golembiewski estableceu ó longo da súa vida unha moi persoal cruzada contra a tiranía no interior das organizacións. Golembiewski di que a autocracia no traballo é o prezo que hai que pagar pola democracia *after hours*. O noso autor vaise rebelar contra isto e vai tenta-la transformación das administracións públicas en organizacións menos xerarquizadas (máis horizontais na súa estrutura) máis democráticas no seu funcionamento e cunha maior capacitación dos empregados nas súas tarefas.

O libro é excelente no plano teórico e de grande rigor intelectual, pero contra o que di o seu título non é un libro, polo menos polo momento, práctico. Golembiewski non se parou a considera-lo grande número de dificultades coas que se tería que atopar, polo menos a curto prazo, para realiza-lo ambicioso proceso de reformas que lle gustaría levar a cabo. Resistencias políticas (perda de control por parte dos políticos sen perder responsabilidades a cambio, problemas de axenda, falta de vontade política), económicas (as reformas na burocracia precisan de grandes cantidades de recursos humanos, materiais, temporais, etc. para realizarse), de cualificación dos recursos humanos, impedirán ou retardarán, sempre no suposto de que os intentos de reformas emprendidas seguisen os rumbos marcados por Golembiewski, a súa correcta implantación.

Chama tamén a atención o pouco interese que se lle presta no libro ó papel das melloras tecnolóxicas, sobre todo as referidas ás comunicacións, e ós efectos imprevistos que poden ter. Moitos dos cambios propostos na estrutura da organización poderanse dar só

porque melloraron extraordinariamente as técnicas de comunicación e de proceso de información. E, en efecto, estas novas técnicas, que permitirán delegar control sobre o traballo con base na organización e incrementar extraordinariamente a calidade do servizo prestado<sup>13</sup> poden tamén incrementar extraordinariamente o alcance do control da xerarquía dirixente, co que se daría unha organización formalmente máis horizontal, pero cunha maior distancia entre os dirixentes e os dirixidos, correndo o risco de aumentar en vez de diminuí-la autocracia administrativa.

O que si é certo é que este libro é un brillante compendio das ideas que identifican o discurso sobre a Administración pública dos 90, democracia interna no lugar de traballo, *empowerment*, cidadanía, humanismo, en definitiva, nas organizacións<sup>14</sup>, ideas que, se ben non é probable que se leven todas a cabo, si que é seguro que influirán nos camiños que hai que seguir no futuro no funcionamento das organizacións, tanto públicas como privadas. 

**Miguel Anxo Bastos Boubeta**

Profesor axudante de ciencia política e da Administración.  
Facultade de Ciencias Políticas e Sociais.  
Universidade de Santiago de Compostela.

<sup>13</sup> Vid., R. Furey, Timothy, "How Information Power Can Improve Service Quality" en *Planning Review*, n.º 3, vol. 19, maio/xuño 1993, páxs. 24-26.

<sup>14</sup> Vid., Aktouf, O., "Management and Theories of Organization in the 1990s: Toward a Critical Radical Humanism" en *Academy of Management Review*, n.º 3, vol. 17, 1992, páxs. 407-431.



## 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 folia á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Incluíranse 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 folia á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas)

situaranse ó final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

### Libros:

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

### Artigos:

AUTOR (ano): Título do artigo, en título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.

Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).

As citas, nas notas de páxina, remítanse 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, para tódolos efectos.
15. Os autores comprométense a corrixi-las 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, Rúa Madrid, 2-4  
15703 Santiago de Compostela.  
Galicia. España.











CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA  
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ESCOLA GALEGA  
DE ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA