

REGAP



REVISTA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Número **17**

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

Ediro: ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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

15707 Santiago de Compostela

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

Traducción e supervisión lingüística: M^o Xosé Castro López

M^o Carme Pérez Picallo

Deseño Gráfico: Uqui  CEBRA

Imprime: Cake

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
1997

17

DIRECTOR

Domingo Bello Janeiro

Director da EGAP

SECRETARÍA TÉCNICA

José Luis Mínguez Goyanes

Corpo Superior de Administración
da Xunta de Galicia

CONSELLO

José Antonio Álvarez Vidal
Director xeral de Xustiza e Administración local

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

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

Vicente González Radío
Profesor titular de socioloxía da Universidade da Coruña

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
Conseheiro maior do Consello de Contas de Galicia

Santiago Porta Doval
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

Antonio Romero Lorenzo
Maxistrado xuíz decano de Vigo

Francisco José Serna Gómez
Secretario xeral de Caixa Ourense

Luís Ramón Sorelo 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 Marul-Ortega
Catedrático de dereito financeiro da Universidade de Santiago

Sumario

ESTUDIOS

| | | |
|---|--|-----|
| Domingo Bello Janeiro | A selección e a formación do persoal da Administración pública _____ | 13 |
| José Vilas Nogueira Miguel A. Bastos Boubeta | Reforma e modernización administrativas. Especial referencia á Comunidade Autónoma de Galicia _____ | 27 |
| Pablo González Mariñas | A exposición de motivos das normas: reflexións a corrente cálamó _____ | 51 |
| Ángel Luis Rebolledo Varela | Algúns aspectos do réxime xurídico de montes en man común en Galicia _____ | 65 |
| Gonzalo Barrio García | De novo sobre o réxime competencial do deporte. A propósito da Lei do deporte de Galicia _____ | 101 |

NOTAS E COMENTARIOS

| | | |
|---|---|-----|
| José Carlos de Miguel Domínguez José Díez de Castro Carlos Barrada Beiras | Organizacións públicas <i>versus</i> privadas: unha distinción _____ | 131 |
| Juan José Fernández Domínguez Susana Rodríguez Escanciano | La mediación en la negociación colectiva del sector público _____ | 149 |
| Laura Román Masedo | Burocracia e transición política. Algúns apuntamentos sobre o caso español (1975-1982) _____ | 165 |

XURISPRUDENCIA

| | | |
|--------------------|---|-----|
| Eduardo Míguez Ben | Tutela judicial, acceso a la jurisdicción e inconstitucionalidad de la limitación del artículo 126.2 de la Ley de expropiación forzosa. (A propósito de la STS de 11 de junio de 1997) _____ | 191 |
|--------------------|---|-----|

CRÓNICA PARLAMENTARIA

- 209 _____ O procedemento legislativo
ordinario no Parlamento de Galicia Xosé Antonio Sarmiento Méndez

CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- 229 _____ Xornada sobre o Estatuto de autonomía
de Galicia.
EGAP, Santiago de Compostela, 21 de abril de 1997 José María Rebolledo Varela
- 241 _____ Xornadas sobre a responsabilidade patrimonial
das administracións públicas.
A Coruña, 22 e 23 de xullo de 1997 José Ricardo Pardo Gato
- 269 _____ Curso de verán. Estado autonómico
e autonomía local: o pacto local.
Cambados, 5 e 6 de agosto de 1997 José Ricardo Pardo Gato

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- 289 _____ *Responsabilidade administrativa:
conflictos de jurisdicción*
Eduardo Gamero Casado
Aranzadi Editorial, 1997 José María Rebolledo Varela
- 297 _____ *La responsabilidade civil por danos
al medio ambiente*
Carlos De Miguel Perales
Editorial Civitas, 1997 Ángeles Pérez Vega
- 301 _____ *El régimen de las garantías en la contratación
administrativa.*
Ernesto García-Trevijano Garnica
Editorial Civitas, 1997 Ignacio López-Chaves Castro



A selección e a formación do persoal da Administración pública

Director
da EGAP

Domingo Bello Janeiro

Unimos selección e formación porque estes dous problemas están relacionados. O Estado, como todo empregador, selecciona capacidades segundo modalidades que son función dun sistema de formación, e despois, remedia as lagoas dos seus servidores. Nada pode conxelarse neste ámbito, como o demostra unha rápida descrición da situación no pasado.

Do antigo réxime, a Administración herda un sistema de selección baseado na confianza individual. A simplicidade da maior parte das tarefas administrativas que consistan, en boa parte, en traballos de escritura, necesita máis coidado e dedicación ca coñecementos. Un exame era bastante menos adecuado para xulga-la capacidade administrativa dun candidato ca unha longa aprendizaxe.

Pola contra, unhas probas de selección atraerían a suxeitos con estudos, con títulos e con pretensións dun ascenso rápido. A brecha entre mozos titulados, ós que non se lles podería dar unha tarefa relacionada co seu nivel de formación, e os empregados antigos sería unha fonte perpetua de conflitos nas oficinas.

Este cadro, un pouco esquemático, mostra ata qué punto as cousas evolucionaron na Administración. No cume da xerarquía, obsérvase unha toma do poder por "cadros" altamente cualificados. Na base, a ampliación do campo de actuación do Estado diversificou as necesidades do persoal.

As necesidades de saberes do Estado fixéronse practicamente tan variadas como as dunha grande empresa. Pero ademais, o Estado é con moito o primeiro empregador do país.

Dous son os sistemas clásicos utilizados para o acceso á función pública: o sistema aberto, ou de emprego, e o sistema pechado ou de carreira.

O sistema de emprego susténtase en normas de dereito privado, e procura alcanzar as máis altas cotas de rendibilidade e eficacia. Conta cun inventario preciso dos postos de traballo a partir do que se selecciona o candidato máis capacitado para o desempeño dun posto concreto sen ter dereito a un desenvolvemento de carreira posterior. As probas son de tipo práctico, en estreita relación coas características do posto.

O sistema de carreira aséntase sobre normas do dereito público, ó subordina-lo rendemento ás necesidades de interese xeral. A selección permite que os axentes públicos fagan carreira, polo que deben acreditar coñecementos para desempeñar distintos postos de traballo que se complementan cun período de formación. Neste sistema, a Administración actúa de forma prevalente, ó apoiarse nun dereito especial.

Os cambios sociais producidos ultimamente no mundo, obrigan, sen embargo, a unha readaptación das relacións: poderes públicos-sociedade, que se fan máis acordes coas demandas e coas necesidades actuais. Para iso, deberá definirse o tipo de Administración que se quere, tomando dos dous sistemas básicos os elementos necesarios para confecciona-lo modelo máis adecuado sobre a base das peculiaridades culturais do noso país.

O sistema de acceso á función pública, tal e como o recolle o artigo 103.3 da nosa Carta Magna, así como a Lei 30/1984 e a súa posterior modificación do ano 1988, establece os principios de acceso a empregos e cargos públicos:

1. Principio de igualdade no acceso a cargos e funcións pú-

blicas, cos requisitos que sinalen as leis (art. 40 da Constitución española).

2. Principio de mérito e capacidade.
3. Principio de publicidade.
4. Conexión entre as probas que hai que superar e os postos de traballo que se desempeñarán.

Para a determinación do grao de adecuación destas características, as probas de selección establecen a realización de temarios, supostos prácticos e a baremación de méritos como instrumentos "fiables" entre as probas selectivas que se deben resolver e as tarefas concretas que hai que desenvolver no posto de traballo.

Sen embargo este principio ideal non se segue de forma habitual nos órganos de decisión das nosas administracións públicas.

En lugar diso, desenvólvese un sistema baseado, predominantemente, na aprendizaxe teórica e na memorización duns temarios que, a maioría das veces distan bastante dos verdadeiros contidos e das situacións profesionais coas que se enfrontará o futuro funcionario.

Esta fórmula de acceso subsiste, malia recibir múltiples críticas, debido, por unha parte, á forte implantación da cultura burocrática na nosa Administración e, por outra, á ambigüidade da lexislación nesta materia, que promove un sistema de adscrición a categorías laborais xenéricas e non a postos de traballo determinados, o que fai moi difícil unha adecuada asignación de persoas a postos en función do seu potencial.

O proceso de selección empeza cando unha organización fai pública a súa intención de incorporar novo persoal. Esta fase denomínase "recrutamento" e defínese como aquel proceso mediante o que unha organización trata de detectar empregados potenciais que cumpran os requisitos adecuados para realizar un determinado traballo e atraelos en número suficiente para que sexa posible unha posterior selección dalgúns deles, en función das esixencias do traballo e das características dos candidatos.

Existen dúas formas de recrutamento: o recrutamento interno ou promoción e o recrutamento externo, que será o que abordaremos a continuación.

Na Administración pública, o recrutamento externo faise mediante a oferta pública de emprego; sen embargo tal oferta adoce de ser excesivamente xeneralista, xa que nela non aparecen as ofertas públicas que comunidades autónomas, deputacións e concellos crean anualmente, o que provoca unha pluralidade de demandas, que actualmente se intenta corrixir.

Na dita oferta pública de emprego, establécese a titulación e a experiencia requirida, as diversas probas selectivas que se efectuarán, así como a forma de acceso. Neste sentido a Lei 30/1984 considera tres modalidades:

1. Oposición: realización dunha ou máis probas de capacidade para determina-la aptitude dos aspirantes e fixa-la orde de prelación destes na selección. As probas terán carácter eliminatorio e serán anónimas nas probas escritas que sexa posible.
2. Concurso: baséase na cualificación dos méritos dos concursantes e na prelación daqueles no proceso selectivo. As bases detallarán claramente os baremos de méritos e de sistemas de acreditación.
3. Concurso-oposición: conxuga os dous anteriores sistemas.

A tendencia actual parece inclinarse a mante-la oposición como sistema básico, malia ser reiteradamente criticada como sistema de acceso á función pública.

Unha explicación diso pode deberse ós baixos custos políticos que supón o seu mantemento, xa que conta cunha certa lexitimidade científica e, sobre todo, cunha ampla aquiescencia social.

Tal proceso selectivo entraña, ó noso entender, diversos problemas, entre os que podemos destacar o seu marcado carácter memorístico, a súa tendencia a nega-lo valor da experiencia ou coñecementos previos e a insuficiente valoración da adaptación do individuo ó medio de traballo.

Ademais, ó tratarse dun sistema pasivo de selección con requisitos xenéricos ou ambiguos na maioría dos casos, encontrámonos con outros problemas engadidos, tales como a falta de control e o descoñecemento do perfil potencial dos futuros opositores, a masificación das probas selectivas, o frío anonimato do proceso e unha esaxerada laxitude nas características requiridas ós candidatos.

Ós problemas sinalados teriamos que engadir-lles outros factores tales como: o escaso prestixio social da función pública, a perda de valores sociais, as baixas remuneracións, o escaso abano de titulacións (preferentemente xurídicas), o sistema de selección mediante oposición (o cal atrae preferentemente a mozos sen experiencia) así como a pouca e curta carreira promocional, a escasa relación existente entre o número de admitidos en diversas oposicións e o número de candidatos que se presenta á primeira proba da convocatoria.

Estes datos denotan que o sistema de acceso á función pú-

blica, baseado en oposicións (memorísticas e excesivamente teóricas), se atopa en crise, en tanto que non hai unha relación directa entre o que o opositor aprende e memoriza e o que deberá aplicar máis tarde no seu posto de traballo.

Se facemos unha revisión da literatura existente sobre selección de persoal, así como a análise que sobre as diversas probas selectivas se realizaron, poderemos observar que tódolos autores tenden a darlles ós contidos dos programas de acceso á Administración un enfoque renovador no sentido de implanta-lo que agora se deu en chamar a "nova cultura administrativa".

Fronte ós temarios tradicionais cargados de contido xurídico para memorizar, hoxe téndese a incluír materias que lle proporcionen ó persoal unha cultura baseada en criterios xerenciais e de eficacia.

A renovación preconizada neste ámbito trata de achegarse ó que se fai na empresa privada e por iso, cada vez son máis frecuentes as probas psicotécnicas como aquelas que ofrecen unha maior garantía de imparcialidade e de validez con respecto ós criterios establecidos previamente para cada posto de traballo en particular.

Sen embargo, aínda que estas probas son máis ou menos aplicables ó mundo da empresa privada, non podemos extrapolar de forma mimética os modelos empresariais ó campo da función pública (aínda que existen algunhas opinións que o predicán e levan á práctica). Non podemos obvia-las características peculiares que posúen as organizacións públicas, a súa vertebración, a súa territorialidade, os seus procesos de poder, así como, e sobre todo, a cultura dominante actualmente nela.

A partir destes datos, considérase que a potenciación do concurso-oposición é unha vía práctica pola que se pode mellora-lo actual sistema de acceso, integrando os aspectos conxunturais da nosa Administración cos netamente operacionais propios de toda organización.

Así mesmo, proporíase a realización de diversas probas psicotécnicas e de tipo práctico concreto, nas que se poidan avaliar cientificamente, non só as capacidades e as aptitudes do candidato en función do posto de traballo, senón tamén a súa capacidade de adaptación ó medio laboral.

Na actualidade non existen actividades sistemáticas preparatorias da actividade selectiva. Máis aínda, constátase unha desconexión entre o cadro de persoal e a relación de postos de traballo. Non hai que esquecer que no noso país se prepara para ingresar nun corpo e non nun posto de traballo, e ademais, os programas de formación de entrada non se deducen da análise

das esixencias do desempeño dos postos de traballo, polo que non se ten ningunha garantía de que o que se esixe para entrar na Administración sexa de verdade o que fai falta.

Polo tanto, débese enlaza-la selección coa planificación dos recursos humanos, dispoñer da definición do cadro de persoal "ideal" ou "real" e a delimitación dos postos de traballo necesarios para alcanza-los obxectivos estratéxicos marcados pola organización.

Cómpre subliña-la importancia que representa poder realizar un período de prácticas ou un curso de formación de carácter selectivo e obrigatorio para poder acceder ó posto de traballo. Esta práctica é relativamente empregada na empresa privada e ben podería xeneralizarse na función pública, se se diseña adecuadamente.

Unha Administración moderna debe atende-la formación dos funcionarios tanto antes como despois da súa entrada na función pública: antes, porque ós poderes públicos lles convén garantir un *minimun* de experiencia nas persoas que acceden á función pública, posto que a achega previa a estas dunhas ensinanzas, fundamentalmente prácticas, complementarias das que constituíron a súa bagaxe específica para prepara-lo seu acceso á función pública, constitúe un instrumento transcendental para lograr un desexable grao de capacitación e de aptitude dos que se inician nas súas tarefas profesionais; e despois, porque hai que recoñecer que a formación é continua, non remata nunca, de xeito que é necesaria a permanente reciclaxe e a actualización dos coñecementos do dito persoal durante a súa vida administrativa.

Se, ata este momento, se falou, sobre todo, de selección, non hai, sen embargo, que perder de vista que non se concibe independentemente dunha política de formación.

Enténdese por isto, unha política de desenvolvemento das capacidades profesionais, de axuste ós cambios, incluso, máis alá dos obxectivos puramente técnicos, de adaptación dos empregados públicos á evolución cultural, económica e social.

A sociedade actual está sumida nun período de revolucións (políticas, científicas, culturais, sociais). A economía (pública ou privada) como sistema vertebrado dentro da sociedade, non é allea a estes cambios. De aí que se estean producindo continuas innovacións tanto nos sistemas tecnolóxicos (a informática, por exemplo) como nos de xestión.

Neste contexto, a competitividade, palabra agora de moda, é fundamental. Sen embargo, esta non se consegue investindo só en tecnoloxía ou en investigación e desenvolvemento (se-

guindo o modelo clásico), senón potenciando o aspecto humano da empresa; é dicir, os seus recursos humanos.

Calquera directivo saberá que, a pesar dos enormes esforzos por moderniza-la xestión actual, sobre todo no campo das comunicacións e no tratamento da información, a produtividade da súa empresa non mellorará se as persoas que teñen que manexa-la dita tecnoloxía non coñecen e non están implicadas nas novas tarefas ou máis importante aínda, non están motivados cara ó novo fin.

Isto explica que a formación está adquirindo cada vez un maior protagonismo que se constata no diñeiro que as empresas lle dedican a ela, así como nas reivindicacións sindicais que lle reclaman unha maior atención a este apartado e no comportamento dos mercados, e que esixen novas cualificacións co fin de aborda-los novos problemas que cada día se presentan.

O concepto de formación ou adestramento, aplicado á actividade laboral, tal e como se entende actualmente, non aparece ata a Gran Guerra. A sobreabundancia de man de obra campesiña que engrosaba as cidades, así como a baixa tecnificación da industria, xunto cos métodos organizativos reinantes a principios de século e a idea de aprendizaxe da tarefa a través do traballo diario (herdanza do sistema gremial), non fixeron posible o desenvolvemento da formación como unha arma competitiva e xeradora dunha mellor calidade da vida laboral.

Será, sobre todo, a partir da Segunda Guerra Mundial, cando as técnicas de formación, xunto coas de selección, se apliquen con éxito nos diferentes exércitos co fin de lograr un desempeño máis eficaz nas tarefas requiridas para a guerra. Tralos períodos bélicos, esta tecnoloxía da formación traspásase rapidamente á industria e ós servicios, nos que adquire un grande e progresivo desenvolvemento.

Nunha primeira aproximación, definiremo-la formación coma o proceso iniciado metodicamente co fin de fomenta-la aprendizaxe entre os membros dunha organización. Esta definición distingue claramente entre os conceptos de formación e de aprendizaxe, e abrangue este último os procesos de cambio dos patróns de conducta, froito da experiencia diaria. Esta distinción entre aprendizaxe e formación non é soamente de carácter gramatical, senón que, implicitamente, sinala qué modelo de formación queremos.

Por outro lado, é difícil formularse a tarefa de modernizar ou axiliza-las nosas administracións esquecendo o carácter principal da formación como motor do cambio persoal e do desenvolvemento da organización; é dicir, céntranse as súas funcións

non tanto en aspectos máis productivos a curto prazo (axilización dos trámites administrativos de forma mecanizada, por exemplo) senón en factores innovadores e xeradores dunha cultura que, a medio-longo prazo, favoreza o crecemento e o desenvolvemento dos recursos humanos que integran a organización e a efectividade global desta.

En tal sentido, nos últimos anos estanse producindo unha serie de movementos que, aínda que escasos e lentos, auguran un cambio nas propostas ata agora expostas.

Así, a inclusión de varias iniciativas no campo da formación dentro do Plan de modernización da Administración, a proliferación de encontros ou de congresos que sobre formación e modernización da Administración se están producindo ó longo destes últimos anos, a creación de escolas e institutos de formación en distintas comunidades autónomas (o caso de Galicia e a Escola Galega de Administración Pública), indican un cambio de actitude da clase política con respecto a esta materia.

É evidente que, para levar a cabo ese proceso de modernización da Administración pública, o instrumento máis eficaz pasa pola formación dos recursos humanos directamente implicados no proxecto. En resumo, os problemas que se presentan na Administración dos nosos días con respecto á formación son varios e de diversa índole:

1. Identificación de necesidades formativas.
2. Coordinación.
3. Valoración.
4. Descentralización.
5. Formación de directivos.
6. Combinación da formación regulada e académica coa experiencia práctica.
7. Conexión entre o aprendido, a eficacia e a calidade do traballo.
8. Existencia de programas de avaliación e de seguimento da formación.

Parece necesaria, así mesmo, a creación da figura dun coordinador de formación en cada unha das distintas administracións, co fin de dinamizar e de adecualo persoal ás necesidades concretas da Administración que se trate.

Outro dos puntos no que se debe incidir é o da versatilidade concedida á formación, sen reducila soamente a un labor de "posta ó día" no uso de novas tecnoloxías ou novos procedementos administrativos; é dicir, hai que asumir o papel da formación como elemento clave e estratéxico do cambio integral

das persoas (actitudes, motivación e implicación do funcionario no seu posto de traballo) en relación co desempeño das tarefas que realiza.

Outro dos aspectos no que deberá incidi-lo sistema formativo será o da descentralización e a flexibilización nos procedementos de admisión de cursos. Débese optar por unha formación integrada por grupos de traballo reais, nos que se expoñan os verdadeiros problemas que hai que resolver. A formación deberá producirse de maneira vertical, é dicir, implicando a todos os membros dun servizo, sección ou negociado, para aprender a debater, solucionar ou mellora-las diversas dificultades ou tarefas coas que debe enfrontarse a diario.

Non se pode realizar unha acción formativa eficaz, se o persoal non se implica, se soamente é un receptor pasivo das ordes ou dos procedementos que dictan dende "arriba". Esta implicación debe pasar por un deseño do traballo no que dende o principio se valoren os coñecementos e a experiencia do persoal e se canalicen cara a unha participación activa do empregado público no proceso de mellora, co fin de que provoque unha reacción positiva na súa conducta cara á nova cultura que se desexa implantar.

Como consecuencia do anteriormente exposto, a formación será a mellor ferramenta para conseguilo cambio e a modernización da nosa Administración, polo que esta debe intensificarse, nun primeiro momento, ó nivel de directivos, considerados estes como os verdadeiros impulsores do cambio.

O directivo actual non debe ser un supervisor de normas e de procedementos, senón que debe ser un axente activo capaz de estimularlo seu persoal, de provocar iniciativas, de superar, en definitiva, os continuos cambios e dificultades que a xestión moderna supón. A dita formación deberá, polo tanto, partir dunha metodoloxía dinámica e aberta, na que o xogo xerencial sexa o seu principal motor.

Un tema polémico será defini-lo tipo de formación máis adecuado para a consecución de tales metas. Os especialistas establecen tres grandes clases de formación:

- A formación segundo o modelo universitario.
- A formación administrativa.
- A formación de mercado.

O primeiro modelo é unha das opcións polas que algúns concellos ou organismos autonómicos ou estatais optaron. Sen embargo, a universidade ten unha función social encomendada: a formación de profesionais, así como a investigación de áreas de transcendencia para a comunidade científica.

A forma que a universidade ten de exercer-la docencia non debe ser trasladada a organizacións nas que a lección maxistral non ten razón de ser. A función da formación na organización debe ser aplicar coñecementos a realidades moi concretas, e, para iso, os grupos pequenos de traballo, nos que os asistentes poidan dialogar continuamente sobre a forma de mellorar, son os máis recomendables, posto que os coñecementos non se aplican no baleiro, senón en grupos humanos cunha historia, unha cultura, uns problemas, uns medios e unhas persoas específicas que os constitúen.

É bo lembrar que a formación de posgrao, que cada día realizan con máis forza as universidades, está moi preto das propostas que aquí se suxiren, ó ser unha formación especializada ou de grupos máis reducidos e homoxéneos que permiten un estilo docente máis afastado da lección maxistral.

En canto á formación administrativa, é dicir, aquela que imparten os propios funcionarios, consideramos que é máis efectiva (bo coñecemento da organización, baixos custos económicos, maior identificación do grupo, etc.), aínda que non se debe abusar dela.

En todo caso, haberá de complementarse con persoal externo, co fin de enriquece-lo panorama da organización, así como permiti-la entrada de novas ideas e aminora-las tensións que unha formación excesivamente extensa xera. Sen embargo, tampouco se avoga por un modelo de mercado que non teña en conta as diferencias culturais e organizacionais que enxendran as administración públicas e as empresa privadas.

A formación na nosa Administración é un tema de vital importancia para a modernización e incluso para a supervivencia do sistema administrativo nun mundo cambiante. Sen embargo, máis grave aínda que tódolos problemas anteriormente expostos é sobrevalora-la súa importancia e iniciar un proceso formativo non planificado de consecuencias irreversibles; é dicir, incita-lo funcionario a ser activo partícipe da súa realidade, a propoñerse metas posteriormente inalcanzables ou a xerar expectativas irrealizables, encerra uns perigos maiores, se cabe, que a non realización da formación.

Por iso, debe utilizarse a formación con mesura e débena compartir os distintos actores sociais (políticos, directivos e funcionarios) que integran o noso sistema público. Así mesmo, ha de entenderse como un instrumento de mellora, que será máis útil canto máis continua e permanente sexa, e adaptarse en cada caso ás realidades concretas do momento.

Dende outro punto de vista, Galicia conta cun centro propio

para a formación e o perfeccionamento do seu persoal: A Escola Galega de Administración Pública, organismo autónomo de carácter administrativo adscrito á Consellería da Presidencia e Administración Pública, con personalidade xurídica propia e con plena autonomía funcional para cumprir cos seus fins de acordo co disposto na Lei 4/1987, do 4 de maio, do Parlamento de Galicia e no Regulamento 306/1990, do 24 de maio.

Segundo o disposto na Lei de creación da EGAP e no Regulamento de organización e funcionamento, os fins da EGAP son, entre outros:

a) Colaborar na realización das probas selectivas para o acceso á condición de funcionario ó servicio da Administración da Comunidade Autónoma.

b) Organizar e impartir cursos selectivos de formación e cursos complementarios de formación.

c) Organizar e impartir cursos, seminarios e outras actividades de formación e perfeccionamento do persoal ó servicio da Administración pública de Galicia.

d) Organizar e impartir cursos, seminarios, xornadas de estudo, ciclos de conferencias e tódalas actividades que cumpran para a análise dos problemas que ten a Administración pública.

e) Realiza-las probas e imparti-los cursos selectivos descentralizados para o acceso á condición de funcionarios locais con habilitación de carácter nacional.

f) Realiza-las probas selectivas e os cursos selectivos ou complementarios de selección de funcionarios dos entes locais de Galicia sen habilitación de carácter nacional, de acordo cos convenios que se subscriban con distintas entidades locais.

g) Realiza-las probas e imparti-los cursos que se establezan para a promoción interna dos funcionarios.

A EGAP ten unha difícil pero apaixonante tarefa que cumprir. Trátase, nada menos que de colaborar activamente na motivación dos que traballan na Administración pública de Galicia. E esta misión non só se cumpre coa organización de cursos e seminarios de reciclaxe e especialización, é preciso, xunto á oferta de cursos, crea-lo ambiente preciso para que a idea de servicio ós cidadáns e a defensa da identidade de Galicia e dos seus intereses sexa unha realidade na actividade da nosa Administración pública.

Estamos a piques de estrear milenio e non se pode esquecer que a sociedade demanda servicios públicos de calidade. Por iso a EGAP, dende os seus comezos, xoga un papel importante como elemento de mellora técnica e, á vez, como instrumento

que facilite un maior afondamento na conciencia autonómica da función pública.

A idea de servizo, que sempre estivo presente na configuración histórica da función pública, debe ser elemento cultural que caracterice unha tarefa constitucional da Administración pública. Por iso a Escola Galega de Administración Pública, ademais de busca-la mellor preparación técnica para o desempeño das tarefas administrativas, procura colaborar para que o servizo efectivo á sociedade sexa unha realidade.

Como é lóxico, unha institución como a EGAP non só pode, senón que debe participar na realización de probas selectivas para o acceso á condición de funcionario da Comunidade Autónoma. Iso constitúe que o proceso de selección-formación-perfeccionamento estea presidido por unha idea de unidade.

Cada vez vaise impondo máis na nosa Administración pública, e a EGAP tamén está nesa liña, a necesidade de realizar cursos selectivos de formación posterior para os aspirantes que superen as probas selectivas, co fin de obter unha formación que complemente a que xa adquirira na fase anterior ós propios procesos selectivos.

Este tipo de cursos de formación e de períodos de prácticas para o persoal que supere as probas selectivas favorece a socialización e a integración na organización. Conseguirase por medio de clases prácticas, implantación de período de prácticas, observación de procesos de traballo, etc., unha formación máis completa do novo persoal, ó recibi-la información que os superiores desexan ou esperan deles e, ó mesmo tempo, observarían na realidade o funcionamento das unidades administrativas tanto centrais como periféricas.

Por outra parte, a EGAP organiza cursos, seminarios, xornadas, mesas redondas e cantas actividades sexan necesarias para a mellora da preparación teórica e práctica dos funcionarios. Os destinatarios serán principalmente os funcionarios públicos e, nalgúns casos e por razón da materia, algunhas xornadas ou seminarios ábreanse ó resto dos cidadáns. Isto porque nun Estado social e democrático coma o noso, xa non é defendible a idea dun interese xeral vinculado unilateralmente á Administración pública. E ademais, o Tribunal Constitucional sinalou que o interese público se resolve a través dunha acción combinada Estado-sociedade, pola que a EGAP aposta.

Os números e as estatísticas non son o máis importante, aínda que reflicten o que foi a actividade dunha institución. No caso da EGAP, supón moitas horas de traballo, na maioría dos

casos sen proxección externa, ó servizo de Galicia. Por iso, aínda que simplemente sexa como exemplo, durante 1997 a EGAP desenvolveu un total de 277 actividades formativas, entre cursos e xornadas. Estas actividades supuxeron unhas 10.460 horas lectivas, a colaboración de 1080 profesores e a participación de 12.187 persoas. **E**

Reforma e modernización administrativas. Especial referencia á Comunidade Autónoma de Galicia

Catedrático de ciencia política
e da Administración.
Universidade de Santiago
de Compostela

José Vilas Nogueira

Profesor axudante de ciencia
política e da Administración.
Universidade de Santiago
de Compostela

Miguel A. Bastos Boubeta

Delimitación conceptual de reforma e modernización administrativas

Os procesos de cambio, real ou aparente, que se desenvolven no seo das administracións públicas "occidentais" responden a moi diversas motivacións e ofrecen moitas variacións, en dirección e énfase (ver Wright, 1995,7). Todo isto fai moi difícil un enfoque uniforme. O estudo das "reformas" constitúe nestes anos unha das ramas máis fértiles das publicacións sobre a Administración, debido á grande cantidade de "reformas administrativas" emprendidas dende os anos 60 (Caiden, 1991a, VIII) e á non desprezable cantidade de recursos materiais que os gobernos puxeron a disposición dos expertos.

As palabras utilizadas para designar aqueles procesos de cambio varían notablemente segundo os países, e, no noso, o seu significado depende frecuentemente do que lle quixesen atribuí-los tradutores de obras estranxeiras (ou as editoriais que as publicaron)¹. No plano desiderativo, cremos que deberían distinguirse as modificacións na actuación administrativa derivadas da adaptación das administracións públicas, como reacción a cambios no seu contorno, social, económico ou político, que chamaremos modernización administrativa², daqueloutros procesos que supoñen un intento deliberado de transformación, non meramente reactivo ó contorno, senón con pretensión de incidir nel³, xa sexa mediante a mellora dos métodos e técnicas de funcionamento, en xeral, xa mediante a mellora do desempeño dos empregados públicos, en particular, que chamaremos reforma, en sentido estrito. Naturalmente, a distinción entre acción meramente reactiva e acción transformadora é relativa; en casos extremos, a fronteira pode ser moi sutil; e poden darse transicións dunha a outra, pero sempre poden separarse conceptualmente. Por outro lado, o significado dado ó termo de reforma administrativa é moi variable segundo os países.

Neste sentido, a modernización administrativa, pola súa propia natureza e a diferenza das reformas, que teñen un alcance e perseguen obxectivos definidos, é un proceso aberto, un proceso sen fin, de reaxuste das estruturas e, sobre todo, dos procesos administrativos, polo que non pode afirmarse en ningún momento que chegou á súa fin (Nieto, 1989) nin delimitarse claramente un contido específico (Trosa, 1992). Así o entendemos nós, aínda que a circunstancia de que "modernización" é (polo menos en España) unha palabra moito máis "cargada" afectivamente (en sentido positivo) que "reforma" explica a súa ampla difusión, para designar tamén o que se debería chamar reforma.

Os sistemas administrativos occidentais, aínda que manifesten trazos comúns susceptibles de singularizalos respecto de modelos administrativos doutras culturas, como a diferenciación formal entre instancias administrativas e políticas, con subordinación das primeiras ás segundas, por un lado, e a diferenciación entre instancias administrativas e económicas, por outro, presentan modelos diversos entre si. Por un lado, pódese distinguir un modelo americano de Administración pública, que ofrece un sistema de recrutamento de persoal dependente dos procesos electorais políticos, cunhas estruturas de carreira e salariais moi diversificadas e flexibles, no que é evidente a vinculación a grupos de interese, e un modelo europeo de Administración pública (ver

¹ Un exemplo significativo: EDUARDO ZAPICO e L.E. ECHEBARRÍA traduciron o *Improving Public Management*, de Metcalfe e Richards (1987) por *La Modernización de la gestión pública*. Non é a mellor opción dende o punto de vista léxico, pero correspóndese coa concepción de modernización de Echebarría (ver nota 3).

² BRAIBANT 1992,57, define a modernización administrativa como unha posta ó día permanente da Administración, en función das esixencias do momento e do lugar.

³ ECHEBARRÍA (Etxebarria 1989, e Echebarría 1993, 140-145) distinguiu entre cambios planificados e "inercias administrativas", ou actuacións meramente reactivas, pero para el a "modernización" é, precisamente, o cambio planificado.

Peters, 1991), cunha estricte e homoxénea regulación normativa, estruturas de carreira e salariais ríxidas e uniformes, garantías legais de permanencia dos funcionarios nos seus postos, e unha tradición formal⁴ de ausencia de participación política directa dos funcionarios, en tanto tales.

Podería esperarse que a existencia destes dous mundos administrativos se proxectase nos tipos de reforma administrativa. Nembargantes predominan os trazos e obxectivos comúns, entre outras cousas polo enorme grao de difusión internacional que alcanzaron as reformas administrativas acometidas, ou meramente propugnadas teoricamente, nalgúns países, principalmente nos Estados Unidos e no Reino Unido (ver Metcalfe e Richards, 1989 (1987); Echebarría, 1993), aínda que segundo os contextos se faga máis ou menos énfase nos diferentes obxectivos particulares.

Villoria, 1996, utilizando como criterios definitorios a maior ou menor preponderancia de contidos tecnolóxicos ou ideolóxicos nos programas de reforma, e a orixe das propostas de reforma, segundo respondan a estratexias propiamente gubernamentais (asumidas polo Goberno no seu conxunto ou impulsadas dende a cabeza deste) ou burocrático-corporativas (aínda que estas últimas poidan inspirar propostas de ministerios particulares), distingue catro modelos distintos de reforma:

1) O daqueles países, coma o Reino Unido, nos que o proxecto reformador é claramente ideolóxico e postúlano o Goberno e o partido que o sustentan.

2) O daqueles países, como Estados Unidos, nos que o proxecto reformador é preferentemente tecnocrático, orientado primariamente a mellora-la eficacia do sector público. O proxecto tamén o postula o Goberno.

3) O daqueles países nos que existe unha Administración fortemente descentralizada e con políticas sociais moi ambiciosas, como Holanda ou Suecia. Os proxectos de reforma postúlanos os ministerios ou as axencias públicas particulares, e non globalmente o Goberno.

4) O daqueles países, como España, nos que os proxectos de modernización non teñen contido ideolóxico, pero tampouco se dá unha postulación gubernamental nin partidista de tales proxectos, senón que son resultado do traballo de sucesivos equipos en particulares ministerios (con predominio, no impulso e deseño, do persoal situado na "zona gris" de delimitación entre políticos e burócratas).

⁴ Sen embargo, de feito, como testemuñan numerosos estudos empíricos, a participación dos burócratas na elaboración de políticas é moi relevante, Cf., por exemplo, ABERBACH, PUTNAM e ROCKMAN 1981; para España, ver OLMEDA 1988.

Causas

Non resulta doado illa-las causas que determinan o auxe das reformas administrativas en "Occidente" nos últimos anos, dada a incidencia de factores de moi diversa índole. O sector público está afectado de múltiples "enfermidades" (Caiden, 1991b), algunhas quizais conxénitas, de malformación do deseño das organizacións, outras derivadas dunha deficiente nutrición de recursos. Sen embargo, as máis parecen obedecer, polo contrario, a problemas de insuficiente asimilación de excesos nutricionais, con risco de infartos e outras crises agudas. Un destes infartos, que obrigou a adoptar terapias de choque, produciuse coa crise económica do 73, que obrigou as administracións públicas a adoptaren curas de adelgazamento. Boa parte das reformas administrativas contemporáneas orixínanse nesta crise económica que alertou sobre os riscos do exceso de peso do sector público.

As burocracias públicas non gozan de moi boa prensa (Veblen, 1904, Mises 1974, 1962, Merton 1992, 1968, Hummel, 1994), e non só por "estaren gordas". Teñen fama de corruptas, dilapidadoras, torpes e tiránicas. Son insultadas popularmente, satirizadas en crueis chistes, desprezadas pola súa falta de axilidade na xestión dos asuntos públicos e odiadas pola súa aparente insensibilidade ás necesidades dos cidadáns (son relativamente poucas as voces que se levantaron ó seu favor, por exemplo, Blau e Meyer, 1971, Goodsell, 1994). Velaí a continua postulación de alternativas organizativas e de xestión á burocracia (Drucker 1988, Heckscher 1994); pero estas alternativas inducen comparacións pouco xustas da "inefcaz burocracia" con seductores ideais de organización, non sometidos á proba da práctica. Así, as reformas administrativas que prometen acabar con tódolos males que lles afectan ás administracións, ó situárenas na Arcadía feliz das organizacións posburocráticas teñen a dobre virtualidade de ofrecérenlle á xeneralidade dos políticos unha vítima expiatoria coa que redimi-la súa ineficacia á hora de gobernar e, máis concretamente, para aqueles que acaban de chegar ó poder a oportunidade de propor obxectivos simbólicos que aparentan romper cos males do pasado.

A globalización mundial da economía é tamén un recurso moi socorrido para xustifica-las reformas administrativas (Luke e Caiden, 1989). Adóitase indicar, dende este punto de vista, que a Administración pública é un elemento esencial na competitividade dunha nación (Porter 1990: 617-682) e, polo tanto, as reformas son indispensables para adecuarse ás necesidades da

competencia internacional (Dunleavy, 1994). É frecuente que se incida especialmente, moitas veces de forma simplemente retórica, no aforro de recursos e na capacitación do persoal do sector público (Rodríguez-Arana e Bastos Boubeta, 1996).

As reformas administrativas poden ser un resultado non deliberado de reaxustes nas relacións de poder entre os distintos actores do proceso político (March e Olsen 1983)⁵. As reformas serían consecuencia dunha combinación máis ou menos accidental de propósitos e de oportunidades de elección por actores individuais non coordinados, problemas e solucións. Constituirían un bo exemplo do *garbage can model of organizational change* (Cohen, March e Olsen 1972, reproducido en March 1990), que describe un proceso de toma de decisións nas organizacións no que as solucións preceden ós problemas: primeiro teríamolos recursos, as solucións e técnicas para abordalos e logo buscaríamolos problemas concretos ós que facerlle-la súa aplicación.

Non se debe ignorar a posibilidade de motivacións máis frívolas no inicio dos programas de reforma administrativa. Do mesmo xeito có vestido, a comida e os costumes, a xestión pública non se subtrae á moda. Naturalmente este condicionamento dista de ser espontáneo. Tanto en referencia ó ámbito da xestión pública como da privada existen unha serie de *gurús*, que producen (pero, con disposición "industrial") "novas ideas" para unha mellor xestión. Ideas lexitimadas con palabras moi cargadas positivamente, pero pouco precisas, como eficiencia, eficacia, calidade, produtividade, progreso, etc. (Abrahamson, 1996). Estes gurús, en xeral coa súa corte de asesores académicos *à la page*, venden "os seus saberes" nun lucrativo mercado que se beneficia da demanda de innovacións na xestión, por parte de políticos buscadores de votos ou de políticos e altos burócratas desexosos de acrecentar a súa lexitimación como recurso de promoción profesional. Isto explica a fugacidade de moitas das propostas que se fan neste terreo, sempre expostas para ser superadas por outras "máis avanzadas" ou novidosas (ver Harari 1997, con referencia á última moda). Rigby 1993, unha das voces máis críticas destes desenvolvementos, elaborou un esquema do ciclo vital destas "teorías" innovadoras da xestión: (1) Constatación de deficiencias. A inadecuación dalgún principio importante da xestión a cambios do contorno xera insatisfacción respecto do *status quo*; (2) Descubrimento da solución. Pensadores creativos desenvolven novas solucións ou reactualizan vellas solucións para corrixi-las deficiencias; (3) Euforia. Os primeiros relatos dos éxitos das novas técnicas son altamente

⁵ En cambio para algúns estudosos das políticas públicas, as políticas de reforma administrativa considéranse no grupo das políticas institucionais, como políticas que buscan a produción, transformación ou mellora de institucións públicas. En xeral son pouco onerosas, pero en cambio supoñen importantes alteracións nas relacións de poder (QUERMONNE 1985).

publicitados, e elimínanse así as barreiras procedentes da inercia. Aliméntase, así, o espellismo, de que a nova técnica “resolverá dunha vez e para sempre o problema”; (4) Sobredifusión. A euforia conduce á aplicación da nova técnica en situacións inadecuadas, o que conduce a resultados desalentadores. As dificultades inducen a unha maior énfase aplicativa, para “superar radicalmente os problemas”⁶; (5) Ridiculización. Os exemplos de fracasos chegan a ser demasiado obvios para ignoralos. Os participantes e a opinión en xeral evidencian cruel e publicamente os defectos da técnica; (6) Abandono. As organizacións descartan a nova técnica e ábrese o proceso de busca doutra máis funcional e “moderna”.

Como vimos, as causas das reformas son múltiples, e múltiples tamén as perspectivas da súa consideración. Xeralmente, en cada caso poderase establecer unha xerarquía de causas na etiología da reforma administrativa, aínda que é probable que tódalas consideradas anteriormente interveñan nalgún grao. Vexamos agora, a grandes trazos, cáles son os obxectivos das reformas.

Obxectivos das reformas

Os obxectivos das reformas poden ser máis ou menos explícitos. Por suposto os obxectivos explicitados son máis doados de coñecer cós non declarados, aínda que disto non se deduce que sexan necesariamente máis importantes. Subirats e Gomá, 1993 resumen os obxectivos oficiais dos programas de reformas:

1) Mellora-la competencia e as capacidades técnicas. Perante a cada vez maior complexidade dos problemas e a grande mobilidade dos contornos das administracións públicas, unha das solucións pasa por mellora-la competencia técnica das administracións e a súa capacidade analítica e de anticipación.

2) Cumprir e fortalece-los valores constitucionais. As administracións públicas hoxe en día cumpren funcións non só de prestación de bens e de servicios, senón tamén de negociación entre intereses parciais contrapostos. A reforma da Administración busca, pois, mellora-las súas capacidades políticas, para facerlle fronte a un conxunto de intereses cada vez máis fragmentarios e para orienta-los servicios por uns valores que sirvan para mellora-la vida social.

3) Xestiona-la complexidade, a incerteza e o cambio. Os modelos organizativos burocráticos rexidos por unha lóxica de funcionamento interno sometida exclusivamente ó dereito administrativo resultan claramente insuficientes para aborda-lo abano

⁶ Non é necesario ser devoto de Freud para constatar que, con frecuencia, as resistencias do contorno ós propósitos da acción actúan como estímulo adicional para persistir nestes propósitos. No caso, non infrecuente, de que aquelas resistencias se deban a erros estratéxicos, acométese, así, un camiño de perdición.

de problemas que se lles presentan ás administracións na actualidade. Esta non-coincidencia entre as funcións requiridas e o modelo organizativo xera notables tensións no funcionamento da Administración. A reforma trata de adecua-la realidade da Administración a esta complexidade, e intenta supera-las rixideces procedimentais que dificultan unha debida atención ós administrados.

4) Actuar cunha ética de servizo ó cidadán. As reformas, segundo este obxectivo, intentan cambia-lo trato cos administrados. Dunha consideración fundada nas nocións de súbdito ou administrado trátase de pasar a outra fundada xa, na noción de consumidor ou cliente, o que enfatiza os elementos bilaterais da relación, xa na máis clásica de cidadán, dotado de dereitos fronte á Administración pública. Con estas reformas búscase mellora-la calidade do servizo público, incorporando ó funcionamento do sector público non só o cidadán considerado individualmente, senón tamén asociacións e outros grupos ou colectivos. Esta ética de servizo non só busca a resolución de problemas senón unha maior transparencia e comprensibilidade da actuación administrativa para facilitar esa participación cidadá.

Dun modo pormenorizado os obxectivos principais das reformas contemporáneas, na nosa opinión, son: (1) a postulación da introducción e potencialización do xerencialismo no sector público (Pollitt, 1993); (2) de modo derivado ou asociado, o intento de diminuír, e se é posible, reverte-lo crecemento do sector público; (3) o incremento da produtividade da Administración pública (Holzer, 1992, Bañón, Halachmi e Bouckaert 1996); (4) a énfase na consideración da provisión pública de servizos como simplemente subsidiaria do sector privado, a fuxida das normas do dereito administrativo cara ás normas, máis flexibles, do dereito privado (Richards, 1992) e, máis en concreto, a des-regulación da prestación de servizos públicos e a súa cesión ó sector privado (Arenilla, 1994); (5) a difusión do *consumer paradigm*, a tradución máis simple do cal, e non inexacta, é a de paradigma do consumidor, pero que recibe outras traducións⁷ (Richards, 1994 (1992); Jenkins e Gray 1994 (1993), e a subseguinte postulación da calidade dos servizos; (6) a participación de cidadáns e empregados na xestión (Bastos Boubeta 1995) e a mellora do desempeño dos funcionarios públicos, a través da aplicación de incentivos ó rendemento, salariais ou extrasalariais; (7) a énfase no desenvolvemento da automatización da xestión pública, especialmente no que se refire á incorporación dos desenvolvidos das tecnoloxías da co-

⁷ Vexamos un exemplo moi significativo: no n.º 1 de *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, o artigo de S. RICHARDS (1992), "Who Defines the Public Good? The Consumer Paradigm...", tradúceo J. Subirats como "El paradigma del cliente..."; en cambio, o artigo de B. JENKINS e A. GRAY, "Evaluating and the Consumer..." (1993) tradúceo X. Ballart como "Evaluación y el usuario...". As implicacións dunha ou outra opción son enteiramente distintas. En español, a palabra "cliente" designa o comprador de produtos ou servizos subministrados por empresas industriais ou mercantís (deixando na marxe, obviamente, outras significacións máis próximas á orixinaria romana, que non veñen ó caso aquí). En cambio a palabra "usuario" designa preferentemente a persoa que utiliza un servizo público, no sentido do dereito administrativo ou nun sentido máis xeral de servizo susceptible de uso polo "público", utilización que non necesariamente supón o pagamento dun prezo (por exemplo, os usuarios dunha vía pública; non de peaxe). A tradución máis literal "consumidor" evitaría estes problemas, sen que se poida dicir que alterase o significado orixinal.

municación; (8) o desenvolvido dunha axenda máis sensible a obxectivos de cooperación intergubernamental e ós condicionamentos internacionais na elaboración de políticas (Hood, 1991).

Pero ademais desa axenda explícita, poden existir axendas ocultas nos programas de reforma administrativa. Algúns destes obxectivos ocultos poden se-la supresión de servicios administrativos que non encaixen cos propósitos dos dirixentes políticos ou lles resulten molestos. Isto é especialmente palpable en boa parte das reformas que se cualifican como xerenciais, no propósito de recorta-lo poder dos altos funcionarios de carreira en proveito da clase política, ó incrementa-lo poder de padroado desta. Por exemplo, as ideas que impulsaron as reformas británicas enfatizaron moito na descrición do burócrata como un individuo egoísta que non busca satisfacerlo ben común, senón só o seu propio (Niskanen 1971 é especialmente representativo desta perspectiva) e que acumula a través do seu maquiavélico control da elaboración dos orzamentos e do seu dominio das interioridades do proceso de elaboración de políticas un desmesurado poder que substitúe o poder lexítimo do político elixido polo pobo. Entre nós, Alba 1995, 399 refire a opinión dun ministro, na etapa da transición, que describía os funcionarios e as súas organizacións como perigosos touros de lida.

Os burócratas poderían, así, constituír un grande obstáculo á hora de implementar políticas. O relato dos padecementos de Rudolf Hilferding, quen no ano 1923 viu fracasa-la súa política económica ante a resistencia da vella burocracia prusiana, que sentía lesionados os seus intereses de "casta", foi aducido pola bibliografía para advertir contra os males do excesivo poder funcional (Page, 1992, 1). Neste ambiente, nesgadamente predisposto contra o burócrata, é lóxico que as reformas administrativas busquen recorta-lo peso político da burocracia e aumenta-lo dos políticos, particularmente como "empregadores" (recrutamento, promoción e sanción do persoal ó servicio das administracións públicas). Neste aspecto, as reformas administrativas poden ser vistas, en bastantes casos, como unha loita latente entre políticos e burócratas (Peters, 1992) co obxectivo non declarado de reduci-la participación dos segundos na elaboración e aplicación de políticas.

As reformas administrativas en España

As reformas administrativas na Administración central

A Administración pública española –como a da xeneralidade dos países– cambiou notablemente (sobre os seus antecedentes modernos, cfr. García de Enterría, 1961; sobre as reformas, Subirats, 1990). Os grandes corpos de burócratas perderon influencia respecto dos anos setenta e os niveis superiores da función pública baixaron en capacitación profesional e prestixio social. A Administración central do Estado sufriu un certo proceso de adelgazamento pola institucionalización das autonomía territoriais, pero este proceso foi contrarrestado polo crecemento dos servizos públicos de educación e seguridade social, non transferidos a tódalas comunidades autónomas, ou non na súa totalidade, nos casos en que si se produciu a transferencia.

A partir de mediados dos anos oitenta, máis en concreto trala aprobación da Lei de reforma da función pública de 1984 e trala acentuación do proceso de transferencias ás comunidades autónomas, potenciados quizais por factores externos⁸, iníciase unha serie de reformas da Administración central do Estado. A xeneralidade dos analistas consideraron estas reformas en termos moi críticos (Alba, 1995). As súas principais características, segundo Nieto 1996, foron:

En primeiro lugar, publicouse unha serie de documentos oficiais sobre as reformas, como as *Reflexiones para la modernización de la Administración*, do MAP; o Estudio Delphi: *la modernización de los procedimientos de actuación de la Administración*, da Inspección Xeral de Servizos; o *Plan de Modernización de la Administración del Estado* (aprobado polo Consello de Ministros en novembro de 1991 e marzo de 1992); e o documento-marco sobre *Modernización y cambio en las Administraciones Públicas*, do INAP, 1995. Paralelamente celebráronse varias xornadas de estudo, auspiciadas institucionalmente, sobre modernización e reforma administrativa, como as “Xornadas de modernización das administracións públicas” (Conca, xullo de 1990), “Modernización pública e formación” (outubro de 1991) ou o “Seminario internacional sobre a reforma administrativa” (Santiago de Compostela, 1995).

Os contidos varían segundo os casos, pero as notas comúns inclúen propostas de reconfiguración das estruturas administrativas (créanse “axencias”⁹ e entes autónomos), de transformación de “culturas burocráticas” en “culturas de responsabilidade” (Jenkins e Gray 1994, (1993)), de flexibilización dos sistemas de función pública (Baena del Alcázar, 1996) e da me-

⁸ LASHERAS e RUIZ-HUERTA 1992 sosteñen que o proceso de unificación europeo, coas súas esixencias de racionalización do gasto público, xogou un papel espoliador das reformas.

⁹ A “externalización” de actividades administrativas en “axencias” é unha das características máis comúns das reformas dos noventa (JENKINS e GRAY 1994, (1993), 47).

llora da información e comunicación co cidadán e da calidade dos servicios (creación dun observatorio da calidade)¹⁰.

A reforma administrativa ten tamén un compoñente de reforma da lexislación, nun intento de supera-lo control endógeno da Administración por parte dos altos corpos de funcionarios (remitímonos ó dito sobre os propósitos de incremento do poder de padroado polos políticos), mediante a introducción da mobilidade no posto de traballo e da "carreira administrativa", incluso entre distintas administracións públicas, a racionalización e recomposición dos corpos de funcionarios e a limitación dos postos de libre designación, obxectivo este último, contradictorio co espírito da reforma, pero, quizais por iso mesmo, incumplido na práctica. Esta actuación concreouse en normas como a Lei de incompatibilidades e a Lei de réxime xurídico das administracións públicas.

As reformas administrativas realmente implantadas, con algunhas excepcións como a creación da Axencia Tributaria ou a reforma da Dirección Xeral de Tráfico (ver Villoria, 1996), non pasan de ser, usando a expresión do propio Alejandro Nieto, intervencións epidérmicas e simplemente miméticas do "discurso modernizador" imperante alén das nosas fronteiras¹¹. Pero, os resultados prácticos foron moi modestos, e as relacións de poder entre políticos e burócratas permanecen substancialmente inalteradas (dentro da mutua desconfianza que, segundo Beltrán Villalva 1996, as caracteriza). Impera un discurso retórico inzado de lugares comúns, como tales perfectamente compatíbeis aínda sendo contradictorios, como "a Administración nin se cambia por decreto nin se transforma da noite para a mañá" ou "a modernización tende a un cambio de cultura administrativa centrado na consecución de resultados e no equilibrio da relación custo-beneficio como elemento referencial básico" (ver Nieto, 1992), entregado ás sucesivas e fugaces modas. Se nos anos oitenta se salientaban as nocións de eficiencia e de eficacia¹², nos noventa insistírase no paradigma do consumidor (ou cliente) (Richards 1994, 1992), máis conciliable co novo ambiente "humanista" (Atkouf, 1992), de maior predicamento na actualidade.

En conclusión, aínda que a Administración española sufriu, nos últimos vinte anos, o impacto dunha reforma lexislativa de certa entidade e algúns outros cambios menores, ós que se aludiu nas páxinas anteriores, o cambio máis importante veu constituído pola aparición das 17 administracións autonómicas. Veremos, a continuación, as reformas acometidas nas comunidades autónomas.

¹⁰ Unha síntese auténtica do "discurso" oficial sobre a reforma administrativa na comunicación do, daquela, ministro para as administracións territoriais, JERÓNIMO SAAVEDRA, "Reforma e modernización das administracións públicas", presentada ó "Seminario internacional sobre a reforma administrativa", Santiago de Compostela, 1995 (mimeografiado).

¹¹ Por exemplo, o "discurso" do consumidor ou cliente e da calidade de servizo difúndese na retórica española sobre a Administración pública a partir da publicación do informe da OCDE, *La Administración al servicio del público*, Madrid, MAP, 1991. Popularízase coa tradución de *Reinventing Government* (OSBORNE e GAEBLER 1994, 1992).

¹² Falábase dos "tres es" (economía, eficiencia e eficacia) e, incluso dos "cinco es" (engadíase, excelencia e empresa). Ver ELCOCK 1989, páxs. 1-3.

A reformas administrativas nas comunidades autónomas

As administracións autonómicas hispanas comezan a súa andaina nos anos oitenta, nun contexto de pleno apoxeo das reformas administrativas en toda Europa. Sen embargo, non se "aproveitou a ocasión" para introducir tipos novos de Administración pública, de acordo cos postulados dos profetas da reforma administrativa, o que probablemente se debeu máis ás dificultades reais que atoparía a implementación destas propostas arbitristas que á preguiza mental dos respectivos responsables políticos.

Pola contra, o modelo seguido á hora de crear estas novas administracións foi o da vella e "tradicional" (e probablemente máis eficaz do que se adoita conceder) Administración burocrática, copiada coas súas virtudes e defectos da Administración central do Estado. Por iso, a Administración de cada unha das comunidades autónomas é semellante, á vez, á Administración central e, en principio, tamén ás súas irmás autonómicas. Ramió e Subirats (1996) afirman o primeiro, pero relativizan moito o segundo. Segundo eles, por debaixo dun debuxo aparentemente homoxéneo aparece unha plenitude de matices, diferencias, desigualdades e coloridos distintivos. E estes contrastes amosarían estratexias ou formas de entender e de usa-la autonomía diferenciadas. Dende logo, é verdade que as formas de comprensión da autonomía e as estratexias da súa utilización varían en grande medida, pero nós cremos que estas diferencias non se proxectaron nas reformas administrativas, que concordan basicamente nos seus contidos.

Por outro lado, as propostas de reformas administrativas poden ser unha estratexia de diversión perante problemas políticos máis graves ou perentorios. Con respecto disto, (Castells, 1992) conta que André Tardieu, presidente do Consello de Ministros francés no período de entreguerras, cando aumentaba a tensión política e o Goberno se encontraba en dificultades anunciaba na Asemblea Nacional unha reforma administrativa, anuncio que se recibía con ledicia, derivado da incredibilidade que suscitaba, o que lle permitía ó primeiro ministro logra-la relaxación da tensión parlamentaria suscitada por aquel outros problemas. Quizais, os políticos autonómicos utilizaron tamén estas potencialidades das propostas de reformas administrativas. En calquera caso, as reformas autonómicas foron en xeral bastante superficiais e, ó mesmo tempo, a difusión por mímese dos seus contidos foi moi elevada¹³.

Unha vez institucionalizadas e alcanzado un nivel suficiente de competencias, a comezos dos anos 90, as comunidades au-

¹³ En relación ós Estados Unidos, INGRAHAM, 1993 sinalou como as políticas (no caso concreto, de remuneración de funcionarios) que parecen funcionar ben nunha particular Administración rexional se difunden rapidamente en tódalas demais administracións rexionais, sen estudar se as particulares circunstancias de cada unha permiten agardar resultados análogos.

tónomas, en ocasións moitas veces de cambios nos seus gobernos, embárcanse en procesos de reforma administrativa. Un simple repaso da bibliografía recente (monográficos de *Autonomías*, n.º 18, e *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 45-II, e as comunicacións presentadas a diversas xornadas sobre modernización e reforma nas comunidades autónomas) amósannos moitos trazos comúns entre elas:

A maioría dos programas de acción son programas modernizadores, non propiamente de reforma. Buscan adecuar, cunha retórica de eficacia e de achegamento ó cidadán (ver Azúa, 1991, Florensa, 1991, Villoria, 1994), os avances técnicos derivados da informatización a unha mellor atención ó cidadán¹⁴, co fin de crear sistemas informáticos que permitan a aproximación dos cidadáns ás xestións administrativas. En cambio, non se procura de forma deliberada un cambio na "cultura administrativa" nin no sistema de xestión de recursos humanos.

Os poucos casos de verdadeiras reformas circunscribíense a procesos, aínda tímidos, de avaliación do rendemento e de medición da produtividade dos empregados públicos. Ata o de agora, nos casos nos que se implantaron avaliacións do rendemento non teñen consecuencias sobre a retribución do persoal. Os seus obxectivos son, como din Losada e Xirau, 1995, para o caso catalán, aumenta-lo grao de identificación dos traballadores co servizo público, reforza-lo exercicio das funcións directivas por parte dos mandos, obter informacións aplicables ós procesos de provisión de postos de traballo e de planificación de actuacións formativas e, por último, introducir elementos que favorezan a implantación de sistemas de dirección por obxectivos.

Amosan, por último, se cabe aínda máis que na Administración central do Estado, excesos retóricos, con reiteración abusiva de palabras tales como eficacia, atención ó cidadán e achegamento da Administración ó cidadán.

A reforma administrativa na Comunidade Autónoma de Galicia

O desexo de contar cunha Administración pública propia de Galicia foi un dos ideais que sempre animaron e animan o pensamento rexionalista e nacionalista galego (González Mariñas, 1993, Vilas Nogueira, 1993, Yebra, 1993).

A Administración autonómica galega seguiu un proceso seguido de crecemento en competencias e en volume de orzamento, que chegou a alcanza-lo 15% do PIB da Comunidade (Gago e Álvarez Villamarín, 1992). Igualmente, rexistrou un aumento

¹⁴ Cfr., as comunicacións presentadas polos respectivos conselleiros de Andalucía, Aragón e A Rioxa nas "Xornadas sobre modernización e reforma administrativa nas comunidades autónomas", Santiago de Compostela, 27-28 de febreiro de 1997 (mimeografiado).

importante no volume de persoal, que chegou a significar case o 9% do total da forza de traballo da Comunidade, o que aínda sendo relativamente baixo en relación a outras comunidades autónomas (García López e Alvira, 1996), representa unha porcentaxe considerable (sobre a función pública galega, ver López-Rúa, 1991).

Á hora de crear esta Administración seguiu-se, do mesmo modo que nas restantes comunidades autónomas, mimeticamente, o modelo da Administración central do Estado, tanto das estruturas xerais territoriais como dos organismos autónomos. Entre os segundos, hainos de moi diferente tamaño e natureza xurídica, dende o *Servicio Galego de Saúde*, que consume máis da metade do orzamento da Comunidade Autónoma, a outros máis modestos coma o *Instituto Galego da Vivenda e Solo*, a Televisión de Galicia ou a *Escola Galega de Administración Pública* (Rodríguez-Arana, 1993, García Llovet, 1994, Rodríguez-Arana e Aguilar, 1994).

Os movementos de reforma administrativa en Galicia comezan no ano 1991, e coinciden coa fin da etapa de expansión das competencias autonómicas e co regreso ó Goberno da Comunidade do Partido Popular, como froito do impulso do *conselleiro* da Presidencia, Dositeo Rodríguez¹⁵. A continuidade deste *conselleiro*, permitiu que a reforma goce de impulso sostido, aspecto moi importante para o seu éxito. Vexamos agora en qué consiste:

Administración única. É unha proposta de carácter político-administrativo, referida inicial e principalmente ás relacións entre a Administración do Estado e as administracións autonómicas, lanzada dende a mesma Presidencia da Xunta de Galicia (Fraga Iribarne, 1993; ver Serna, 1993). Con base no principio de subsidiariedade postúlase que a prestación do servizo público o realice a Administración territorial máis próxima ó cidadán, sempre que teña capacidade para facelo segundo a natureza do servizo. Segundo Meilán, 1993, non é outra cousa que o reaxuste, pendente, da Administración central para a súa adecuación ó Estado autonómico, e consiste, na práctica, na asunción por parte da Comunidade Autónoma das competencias da Administración periférica do Estado.

Comarcalización. A Xunta de Galicia está inmersa nun proceso, reclamado historicamente dende o galeguismo (ver Precedo 1993) e que ten o seu fundamento legal no recoñecemento, a través do Estatuto de autonomía, da comarca como "entidade local propia (*sic*) de Galicia" (ver Ferreira, 1991), de reorganización administrativa e dotación de competencias ás comarcas.

¹⁵ Véxase o primeiro proxecto de reforma en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ 1991, no que se insiste nos temas característicos das reformas administrativas, como a racionalización de procedementos e a aproximación ó cidadán.

Con este propósito creáronse unhas fundacións para o desenvolvemento comarcal, aínda en fase incipiente.

Codificación normativa. Entre as propostas de modernización administrativa tivo especial aceptación na Europa continental, sobre todo en Francia (Mattarella, 1993; Braibant, 1994), a codificación das normas xurídico-administrativas para eliminar duplicidades, permiti-la súa simplificación e facilita-lo seu tratamento informático. Trátase de sintetizar e cando sexa preciso refundi-las normas administrativas (Serna, 1994) para un mellor funcionamento da Administración, en particular unha maior racionalización do procedemento administrativo, simplificación de trámites e unha mellor garantía dos dereitos cidadáns no procedemento (Alvarellos, 1993).

Reforma da función pública. A mellor xestión dos recursos humanos empregados na Administración autonómica, a mellora da súa estrutura administrativa, ataca-la rutina e o burocratismo, e despolitiza-la Administración son os principais obxectivos buscados coa reforma da Lei da función pública galega (Rodríguez Rodríguez, 1994). En particular, búscase flexibilizalos cadros de persoal, e chégase incluso á mobilidade espacial, facilita-la planificación de recursos humanos a través da previsión de necesidades de efectivos dispoñibles e necesarios, certa flexibilización dos procedementos de selección de persoal e provisión de postos de traballo e a esixencia dun diploma de directivo para o acceso ós postos de libre designación (Baena del Alcázar, 1994).

O Sistema de xestión de procedementos administrativos (SXPA). É unha aplicación de ferramentas informáticas¹⁶ para achega-la Administración ó cidadán e simplifica-los trámites administrativos (ver Márquez, 1995). Trata de incrementa-la eficacia, a racionalidade e homoxeneidade da xestión pública na Administración autonómica, mediante o seguimento dos procedementos administrativos. Abrangue tódalas consellerías da Xunta e as súas delegacións provinciais (Bouzada, 1994b), e inclúe tódolos procedementos que se inician por instancia de parte¹⁷.

En particular, persegue dous obxectivos:

a) Achegamento ó administrado mediante a creación de órganos específicos de carácter comarcal con funcións de admisión, de documentación e, de información xeral, e mediante a subministración de información acerca da actuación da Administración por medio dun servizo de atención telefónica e de edición de guías de atención ó cidadán.

b) Simplificación do proceso de xestión administrativa, mediante a instauración dun sistema de procedementos que ache-

¹⁶ Cfr., Xunta de Galicia, *El papel de los sistemas de información en el programa de reforma administrativa*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1997.

¹⁷ Cfr., Xunta de Galicia, *A reforma administrativa da Administración autonómica de Galicia*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995.

gue a Administración autonómica ós postulados da calidade total (Vázquez Ares, 1994). Esta simplificación require unha cualificación específica do persoal e a identificación e racionalización dos procedementos administrativos iniciados por instancia de parte. Os principais órganos encargados das diferentes funcións do proceso son (ver Márquez, 1995):

- Órganos de coordinación: Comisión Central de Racionalización Administrativa e comisións de racionalización propias de cada consellería.
- Órganos técnicos: Comisión Central de Revisión da Normativa e comisións de revisión propias de cada consellería.
- Órganos de control: Inspección Xeral de Servicios.

Avaliación do rendemento. Persegue efectuar unha valoración anual de tódalas unidades administrativas, con nivel de subdirección xeral e xefatura de servicio, co fin de estima-lo seu rendemento (Bouzada, 1995). O obxectivo concreto é valora-la cantidade e a calidade do traballo realizado en referencia a:

- a) a organización da unidade e o resultado obtido en relación cos medios persoais e materiais postos á súa disposición;
- b) a capacidade organizativa: propostas e melloras introducidas na organización e no funcionamento da unidade por instancias do seu titular.

Para estes fins creouse unha Comisión de Avaliación do Desempeño, que emitirá a súa avaliación logo do informe da Inspección Xeral de Servicios. Prevese a posibilidade de aplicarlle os resultados da avaliación á valoración dos postos de traballo e á determinación do complemento de produtividade, pero a curto prazo non lle afectará á remuneración dos empregados (Bouzada 1994a).

Respecto das reformas administrativas emprendidas pola Comunidade Autónoma de Galicia cabe facer varias precisións:

En primeiro lugar, é conveniente distingui-la reforma das actuacións modernizadoras, ou de adaptación da Administración ás alteracións do seu contorno, tecnolóxico, económico ou social. A codificación normativa e o Sistema de xestión de procedementos administrativos limítanse a aplicar novas técnicas, particularmente de tipo informático. Constitúen unha simple adaptación á dinámica tecnolóxica e social circundante, iso si, impregnada dunha nova "filosofía de servicio ó cliente" e expresiva dunha notable celeridade de resposta ós cambios de métodos.


Consideración particular tamén merecen, en segundo lugar, as reorganizacións territoriais do poder político. A reforma da

estructuración territorial da Administración ha de diferenciarse daquelas centradas nos estándares de xestión (cuestións de calidade, produtividade, xestión de recursos humanos, etc.) ou da relación entre a Administración e os destinatarios dos seus "productos" (paradigma do administrado, do consumidor, etc.), que son as que adoitan ocupar a bibliografía contemporánea sobre a reforma, aínda que as reformas territoriais poidan incidir secundariamente nestes aspectos: achegamento das instancias administrativas ó cidadán, no caso da comarcalización; evitar duplicacións innecesarias na prestación de servizos, no caso da Administración única.

As actuacións que, segundo o noso xuízo, merecen verdadeiramente o cualificativo de reformas administrativas, no sentido antes precisado, son a modificación da Lei da función pública e a avaliación do rendemento. A Lei galega da función pública trata de introducir unha maior flexibilidade na xestión de recursos humanos. Podería parecer pouco ambiciosa en comparación con outras reformas europeas, inspiradas na homologación dos criterios de contratación do persoal ó servizo da Administración fronte ós do sector privado, pero a este propósito han de terse en conta non só elementos moi arraigados da nosa cultura política, senón incluso certas construcións constitucionais. Posiblemente, o problema se presente en sentido contrario: a cautelosa flexibilización emprendida contradíse co propósito declarado de reducir a politización da Administración, pois a maior discreción na contratación e promoción dos empregados máis poder para o órgano político e menos para o burocrata.

A reforma que nos parece máis interesante é o programa de avaliación do rendemento. Constitúe un intento moi importante (aínda que, de momento, non teña consecuencias retributivas para os funcionarios avaliados), na liña doutras administracións occidentais. Un dos principais problemas que se lle presentan a este tipo de reformas é o da determinación dos indicadores do rendemento. É unha cuestión moi complexa, para a que non hai respostas claras. ¿Que se ha de entender por produtividade? ¿Como comparar a produtividade de dúas unidades completamente distintas? ¿Como medir a calidade da atención? Outro problema importante é o das resistencias que adoitan manifestarse á implantación destas reformas. A ningún lle gusta que se mida e compare o seu traballo e máis en lugares como a Administración pública, onde non hai tradición de facer tal cousa.

En conclusión, a reforma administrativa da Comunidade

Autónoma de Galicia merece un xuízo positivo; sae bastante ben parada en comparación coas emprendidas por outras administracións. Os aspectos máis positivos son a determinación política para a reforma, a sensibilidade cara ós imperativos de cambio e a súa rápida resposta e, sobre todo, o programa de avaliación do rendemento, innovador no noso contorno¹⁸. Aspectos menos positivos son os excesos retóricos na presentación das reformas, un sentimento de inferioridade respecto do sector privado e un seguidismo inconsciente das modas de xestión, que pululan polo sector público, aspectos estes nos que a reforma galega se prega a inspiracións xeneralizadas en España. 

¹⁸ As "reformas administrativas" galegas son en xeral expresivas do "modelo hispánico" de reforma administrativa: reformas non ideolóxicas e iniciadas no seo da Consellería da Presidencia; en cambio, a avaliación do desempeño provén dunha "cultura administrativa" máis orientada á productividade, como a norteamericana, e nisto radica boa parte do atractivo que presenta a súa posta en marcha. Pode servir de proba para a adaptación doutros programas de reforma procedentes daquel ámbito.

- ABERBACH, JOEL D., ROBERT D. PUTMAN e BERT A. ROCKMAN (1981): *Bureaucrats and politicians in Western democracies*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- ABRAHAMSON, ERIC (1996): "Management Fashion", *Academy of Management Review*, vol. 21, n.º 1, páxs. 254-285.
- ALBA, CARLOS R. (1995): "L'Administration Publique Espagnole: Réforme ou Modernisation?", *Revue Française d'Administration Publique*, n.º 75, xullo-setembro, páxs. 387-399.
- ALVARELLOS, CONSTANTINO *et al.*, 1993: *Reforma administrativa e procedemento administrativo*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela.
- ARENILLA, MANUEL (1994), "Crisis de los recursos públicos, gestión pública y tendencias privatizadoras", *Gasto Público y Crisis Económica*, EGAP, Santiago, 1994 (de feito, 1995), páxs. 25-54.
- ATKOUF, OMAR (1992): "Management and Theories of OrganizationS in the 1990's: Toward a Critical Radical Humanism?", *Academy of Management Review*, n.º 3, vol. 17, páxs. 407-431.
- AZÚA, JON IMANOL (1991): "La calidad en la Administración Pública", *Boletín de Estudios Económicos*, n.º 143, vol. 46, agosto, páxs. 309-318.
- BAENA DEL ALCÁZAR, MARIANO (1994), (ed.): "A Administración de persoal no Proxecto de Lei de reforma da Función Pública de Galicia", *A reforma da función pública galega*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 33-48.
- (1996): "La modernización administrativa", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 45-II, maio-agosto, páxs. 13-15.
- BAÑÓN, RAFAEL, ARIE HALACHMI e GREET BOUCKAERT (1996), (eds.): *La productividad y la calidad en la gestión pública*, EGAP, Santiago de Compostela.
- BASTOS BOUBETA, MIGUEL A. (1995): "Unha apertura pluralista da Administración", *Revista Galega de Administración Pública*, EGAP, Santiago de Compostela, n.º 11, páxs. 171-187.
- BELTRÁN VILLALVA, MIGUEL (1996): "De la reforma de la Administración al control de calidad de los servicios públicos", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 5-6, xaneiro-agosto, páxs. 5-16.
- BLAU, PETER M. e MARSHALL W. MEYER (1971): *Bureaucracy in Modern Society*, 2ª edic., Random House, Nova York.
- BOUZADA, JAIME (1994a): "A avaliación do rendemento no Proxecto de lei da función pública de Galicia", en Mariano Baena del Alcázar, (ed.), *A reforma da Función Pública galega. Relatorios da Xornada de estudio sobre o Proxecto...*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 23-32.
- BOUZADA, JAIME (1994b): "A reforma administrativa autonómica de Galicia", en JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, (ed.), *Reforma administrativa. Seminario bilateral hispano-alemán sobre reforma administrativa*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 89-98.
- BOUZADA, JAIME (1995): "El papel de la Inspección General de Servicios en la Reforma Administrativa de la Xunta de Galicia: especial consideración de la evaluación del rendimiento", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 2, xaneiro-abril, páxs. 79-84.
- BRAIBANT, GUY (1992): "Qu'est-ce que la modernisation", *Revue Française d'Administration Publique*, n.º 61, xaneiro-marzo.
- BRAIBANT, GUY (1994): "A codificación francesa" (traducción ó galego), en Constantino Alvarellos, Francisco J. Serna e Guy Braibant, *Codificación normativa*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 63-80.

- CAIDEN, GERALD E. (1991a): *Administrative Reform Comes of Age*, Berlin/New York, Walter de Gruyter.
- (1991b): "What is really maladministration", *Public Administration Review*, n.º 6, vol. 51, novembro-diciembre, páxs. 486-493.
- CASTELLS, JOSÉ MANUEL (1992): "Notas póstumas sobre la reforma de la Administración pública española", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 34-II, setembro-diciembre, páxs. 27-32.
- COHEN, M.D., J. E. MARCH e J.P. OLSEN (1972), "A Garbage Can Model of Organizational Change", *Administrative Science Quarterly*, vol. 17, páxs. 1-25, reproducido en March 1990:294-334.
- DRUCKER, PETER E. (1988): "The Coming of the New Organization", *Harvard Business Review*, n.º 1, vol. 88, xaneiro-febreiro, páxs. 45-53.
- DUNLEAVY, PATRICK (1994): "The Globalization of Public Services Production: Can Government be 'Best in World'?", *Public Policy and Administration*, n.º 2, vol. 9, verán, páxs. 36-64.
- ECHEBARRÍA, KOLDO (1993): *La Administración pública en la era del management* (tese doutoral), Universidade de Deusto (mimeografado).
- ELCOCK, HOWARD (1989): "The Three 'E's: Necessary but not Sufficient Conditions for Good Government", *Public Policy and Administration*, n.º 1, vol. 4, primavera, páxs. 1-3.
- ETXEARRIA, LUIS E. (1989): "El cambio y la gestión del cambio en la Administración Pública (cambio planificado vs. inercia administrativa)", en Instituto Vasco de Administración Pública, *Modernización Administrativa*, Oñati, páxs. 21-48.
- FERREIRA, ANTONIO J. (1991): "Aproximación ó réxime xurídico da comarca", en Xaime Rodríguez-Arana, (ed.), *Estudios sobre o Estatuto galego. X aniversario da promulgación do Estatuto*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 447-460.
- FLORENSA, MARISA (1991): "La reforma administrativa en la Comunidad Autónoma de Cataluña", *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 2, páxs. 121-150.
- FRAGA IRIBARNE, MANUEL (1993); "Administración única: unha proposta para un verdadeiro Estado das Autonomías", en Xaime Rodríguez-Arana e Francisco J. Serna, (eds.), *Administración Única. Relatorios das Xornadas celebradas en setembro de 1992 na egap*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 13-26.
- GAGO, ALBERTO e JOSÉ C. ÁLVAREZ VILLAMARÍN (1992): "El sector público autonómico en Galicia: La experiencia de una década (1983-1992)", *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 7, páxs. 103-125.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1961): *La Administración española*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- GARCÍA LLOVE, ENRIQUE (1994): "La Administración institucional de la Comunidad Autónoma de Galicia. Algunas reflexiones", en Alfonso Pérez Moreno, (ed.), *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, páxs. 1601-1620.
- GARCÍA LÓPEZ, JOSÉ e FRANCISCO ALVIRA (1996): "Personal al servicio de las Administraciones públicas", *Papeles de Economía Española*, n.º 68, *El sector público de la democracia española (I)*, páxs. 199-206.
- GOODSELL, CHARLES T. (1994): *The Case for Bureaucracy. A Public Administration Polemic*, 3ª edic., Chatham House, Chatham (New Jers.).
- GONZÁLEZ MARIÑAS, PABLO (1993): "A Administración galega na súa perspectiva histórica: cuestións e problemas de organización...", en Xosé R. Barreiro Fernández e Pablo González Mariñas, (eds.), *Historia da Admi-*

- nistración Pública. *Relatorios e comunicacións presentados...*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 13-38.
- HARARI, OREN (1997): "¿Por qué murió la reingeniería?" (trad. de "Why Died Reengineering Die?", *Management Review*), *Harvard Deusto Business Review*, n.º 77, marzo-abril, páxs. 26-30.
- HECKSCHER, CHARLES (1994): "Defining the Post-Bureaucratic Type", en Charles Heckscher e Anne Donnellon, (eds.), *The Post-Bureaucratic Organization. New Perspectives on Organizational Change*, Sage, Thousand Oaks, páxs. 14-62.
- HOLZER, MARC (1992), (ed.): *Public Productivity Handbook*, Nova York, Marcel Dekker.
- HOOD, CHRISTOPHER (1991): "A Public Management for All Seasons?", *Public Administration*, vol. 69, primavera, páxs. 3-19.
- HUMMEL, RALPH P. (1994): *The Bureaucratic Experience. A Critique of Life in the Modern Organization*, 4ª edic., St. Martin's Press, Nova York.
- INGRAHAM, PATRICIA W. (1993): "Of Pigs in Pokes and Policy Diffusion: Another Look at Pay-for-Performance", *Public Administration Review*, n.º 4, vol. 53, xullo-agosto, páxs. 348-356.
- JENKINS, BILL e ANDREW GRAY (1994): "Evaluación y el usuario: la experiencia del Reino Unido", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 1, setembro-deseembro, páxs. 47-57 (trad. de "Evaluating and the Consumer: The UK Experience", en J. Mayne et al., *Advancing Public Policy Evaluation*, Elsevier Science, Ámsterdan, 1993, páxs. 285-299).
- LASHERAS, MIGUEL ÁNGEL e JESÚS RUIZ-HUERTA (1992): "La gestión pública en el marco del proceso de convergencia europeo", *Cuadernos de Actualidad. Hacienda Pública Española*, n.º 2/1992, año III, páxs. 33-37.
- LÓPEZ-RÚA, JOAQUÍN (1991), "Función pública galega", en Xaime Rodríguez-Arana, *Estudios sobre o Estatuto galego. X aniversario da promulgación do Estatuto*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 399-412.
- LOSADA, CARLOS e JOAN XIRAU (1995), "Evaluación del desempeño. El plan de evaluación de recursos humanos de la Generalitat de Catalunya", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 2, xaneiro-abril, páxs. 67-77.
- LUKE, JEFFREY S. e GERALD E. CAIDEN (1989): "Coping with global interdependence", en James L. Perry, (ed.), *Handbook of public Administration*, San Francisco, Jossey Bass, páxs. 83-93.
- MARCH, JAMES E. (1990): *Decisions and Organizations*, Oxford, Basil Blackwell.
- MARCH, JAMES E. e Joan P. Olsen (1983): "Organizing Political Life: What Administrative Reorganization Tell Us about Government", *American Political Science Review*, n.º 2, vol. 77, xuño, páxs. 281-296.
- MÁRQUEZ, GUILLERMO (1995): "La simplificación administrativa en el proceso de modernización de la Administración Pública", *Comunicación á "Xornada de estudio sobre simplificación administrativa"*, EGAP, Santiago de Compostela, (mimeografado).
- MATTARELLA, BERNARDO GIORGIO (1993): "La Codificazione del Diritto: Riflessione sulla esperienza francese contemporanea", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 4, año XLIII, páxs. 1035-1061.
- MEILÁN, JOSÉ L. (1993): "Estado autonómico e administracións públicas", en Xaime Rodríguez-Arana e Francisco J. Serna, (eds.), *Administración Única. Relatorios das Xornadas celebradas en setembro de 1992 na EGAP*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 115-136.
- MERTON, ROBERT K. (1992): *Teoría y estructura sociales*, 3ª edic., México, Fondo de Cultura Económica (trad. de *Social Theory and Social Structure*, 3ª edic., Nova York, The Free Press, 1968).

- METCALFE, LES e SUE RICHARDS (1989): *La modernización de la gestión pública*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (trad. de *Improving Public Management*, London, Sage, 1987).
- MISES, LUDWIG VON (1974): *Burocracia*, Madrid, Unión Editorial (trad. de *Bureaucracy*, 2ª edic., Yale University Press, 1962).
- NIETO, ALEJANDRO (1989): "Reforma administrativa y modernización de la Administración pública: ¿un problema pendiente?", en Instituto Vasco de Administración Pública, *Modernización Administrativa*, Oñati, páxs. 101-115.
- (1992): "La reforma de la Administración pública", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 34-II, setembro-diciembre, páxs. 145-157.
- (1996): "Las experiencias de modernización en España", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 45-II, maio-agosto, páxs. 63-74.
- NISKANEN, WILLIAM A. JR.: (1971), *Bureaucracy and Representative Government*, Aldine Publishing Company, Chicago.
- OLMEDA, JOSÉ A. (1988): *Las Fuerzas Armadas en el Estado franquista: Participación política, influencia presupuestaria...*, El Arquero, Madrid.
- OSBORNE, DAVID e TED GAEBLER (1994), *La reinención del gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*, Barcelona, Edic. Paidós (trad. de *Reinventing government. How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, Reading, Mass., Addison-Wesley Publ. Co. 1992).
- PAGE, EDWARD C. (1992): *Political Authority and Bureaucratic Power*, 2ª edic., London, Harvester-Wheatsheaf.
- PETERS, B. GUY (1991): "The European Bureaucrat: The Applicability of 'Bureaucracy and Representative Government' to Non-American Settings", en André Blais e Stéphane Dion (eds.), *The Budget-Maximizing Bureaucrat*, University of Pittsburgh Press, páxs. 303-353.
- (1992): "Public Policy and Public Bureaucracy", en Douglas E. Ashford, (ed.), *History and Context in Comparative Public Policy*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, páxs. 283-315.
- POLLITT, CHRISTOPHER (1993): *El gerencialismo y los servicios públicos* (trad. española), Madrid, Instituto de Estudios Fiscales. Porter, Michael E. (1990): *The Competitive Advantage of Nations*, London/Basingstoke, Macmillan.
- PRECEDO, ANDRÉS (1993), "Las propuestas de división territorial en Galicia", en Xosé R. Barreiro Fernández e Pablo González Mariñas, (eds.), *Historia da Administración Pública. Relatorios e comunicacións presentados...*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 225-250.
- QUERMONNE, JEAN-LOUIS (1985), "Les politiques institutionnelles: Essai d'interprétation et de typologie", en Madeleine Grawitz e Jean Leca, (eds.), *Traité de science politique*, vol. 4, *Les politiques publiques*, París, PUF, páxs. 61-88.
- RAMIÓ, CARLES e JOAN SUBIRATS (1996), "Los aparatos administrativos de las Comunidades Autónomas (1980-1995): Entre el mimetismo y la diferenciación", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 45-II, maio-agosto, páxs. 151-181.
- RICHARDS, SUE (1992): "Changing Patterns of Legitimation in Public Management", *Public Policy and Administration*, n.º 3, vol. 7, invierno, páxs. 15-28.
- (1994): "El paradigma del cliente en la gestión pública" (trad. de "Who Defines the Public Good? The Consumer Paradigm in Public Management", Working paper, Public Management Foundation, 1992), *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 1, setembro-diciembre, páxs. 5-16.

- RIGBY, DARRELL (1993), "The secret history of process of reengineering", *Planning Review*, abril, páxs. 24-27.
- RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME (1993), (ed.), *O sector público económico galego*, EGAP, Santiago de Compostela, EGAP.
- RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME e MANUEL AGUILAR (1994): "Régimen de los organismos autónomos de la Comunidad Autónoma de Galicia", en A. Pérez Moreno, (ed.) *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, páxs. 1673-1684.
- RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME e MIGUEL A. BASTOS BOUBETA (1996), "Sobre la formación en el sector público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 8, xuño, páxs. 235-252.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, DOSITEO (1991): "A Administración pública galega", en XAIME RODRÍGUEZ-ARANA, (ed.), *Estudios sobre o Estatuto galego. X aniversario da promulgación do Estatuto*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 391-398.
- (1994): "Principios inspiradores do Proxecto de Lei de modificación da Lei 4/1988, do 26 de maio da Función Pública de Galicia", en Mariano Baena del Alcázar, *A reforma da Función Pública galega. Relatorios da Xornada de estudo sobre o Proxecto...*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 11-22.
- SERNA, FRANCISCO J. (1993): "Administración única para Galicia: unha proposta aberta", en Xaime Rodríguez-Arana e Francisco J. Serna (eds.), *Administración Única. Relatorios das Xornadas celebradas en setembro de 1992 na egap*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 27-42.
- (1994): "Os ordenamentos xurídicos autonómicos: problemática da súa configuración e integración", en Constantino Alvarellos, Francisco J. Serna e Guy Braibant, *Codificación normativa*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 41-61.
- SUBIRATS, JOAN (1990): "Modernizing the Spanish Public Administration or Reform in Disguise", *Working papers*, n.º 20, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials .
- SUBIRATS, JOAN e RICHARD GOMÁ RICARD (1993), "Gestión pública y reforma administrativa en los 90: nuevos retos y oportunidades", en Izquierda Unida, *Administraciones y Servicios Públicos. ¿Reforma o privatización?*, Madrid, páxs. 63-71.
- TROSA, SYLVIE (1992): "La modernisation est-elle evaluable?", *Politiques et Management Public*, n.º 4, vol. 10, decembro, páxs. 65-83.
- VÁZQUEZ ARES, (1994): "Calidade total na Administración Pública e o Sistema de Xestión de Procedementos Administrativos", comunicación presentada al "Seminario sobre Xestión de Calidade nas Administracións Públicas", Santiago de Compostela, 1994 (mimeografado).
- VEBLEN, THORSTEIN (1904): *The Theory of Business Enterprise*, New York, Charles Schibners Sons, citamos por reimpr. facsimilar, Clifton, Augustus M. Helley Publ. 1973.
- VILAS NOGUEIRA, J.(1993): "A Administración pública no proceso estatutario de Galicia na II República", en Xosé R. Barreiro Fernández e Pablo González Mariñas (eds.), *Historia da Administración Pública*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 313-328.
- VILLORIA, MANUEL (1994): "El fenómeno modernizador en la Administración de la Comunidad de Madrid", *Autonomies*, n.º 18, páxs. 147-172.
- (1996): "La modernización de la Administración central en España", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 45-II, maio-agosto, páxs. 95-115.

WRIGHT, VINCENT (1995): "The Paradoxes of Administrative Reform", en Walter J.M. Kickert, (ed.), *Public Management and Administrative Reform in Europe*, Cheltenham, UK/Lyme, US, Edward Elgar, páxs. 7-13.

YEBRA, PERFECTO (1993): "A Administración na doutrina galeguista", en Xosé R. Barreiro Fernández e Pablo González Mariñas, (eds.), *Historia da Administración Pública.*, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 281-312.

A exposición de motivos das normas: reflexións a corrente cálamó

Profesor titular de dereito
administrativo.
Universidade de Santiago
de Compostela

Pablo González Mariñas

1. Introducción

Non adoitan as exposicións de motivos das normas suscitar demasiada atención entre os administrativistas, a pesar da tradición coa que o tema conta na filosofía xurídica e a pesar tamén da peculiar complexidade da elaboración e da expresión da produción normativa deste carácter.

A lectura do estudio de Carolina Rovira Flórez de Quiñones, "Valor y función de las Exposiciones de Motivos en las normas jurídicas", (1972), que, malia a data de publicación, segue rendendo evidente utilidade, pon de manifesto moitos dos problemas que aquelas formulan con carácter xeral. Hoxe en día, sen embargo, a cuestión, cando se trata, adoita abordarse dende o enfoque máis utilitario da moderna "técnica lexislativa". Pero, aínda dentro dela, non se lles outorga ás exposicións de motivos especial atención.

Iso non é estraño se se considera a súa falta de carácter normativo e, sobre todo, se se atende ós resultados do uso frecuentemente torpe ou incorrecto destas, que lles resta valor e utilidade.

Entendo, sen embargo, que tal desatención é inconveniente, polo menos por dúas razóns. Dunha parte, porque o preámbulo dunha lei é, ou debe ser, a expresión das razóns que levaron a dictala. Non só iso, como se verá, pero ante todo iso e, en consecuencia, un instrumento revelador dun exercicio democrático e transparente do poder normativo; un exercicio non críptico, escuro ou arbitrario, senón que explica as súas medidas, para afastarse da simple imposición sen máis, aínda que aquí esteamos falando do por natureza prepotente poder legislativo. E, doutra parte, dígase o que se diga, porque as exposicións de motivos, se se elaboran correctamente, achegan un alto valor interpretativo da norma que non debe ser desbotado. Resultaría absurdo que por un uso en ocasións incorrecto ou carente de rigor se abolise unha parte para min substancial do texto legal (ou normativo doutro rango).

Xa se ve polo dito que non comparto as opinións que avogan pola súa desaparición. É coñecido nesta liña o artigo de Santaolalla, "Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación", que fundamenta o seu criterio, ademais de na ausencia de carácter de normativo das exposicións de motivos, noutros argumentos, como o seu frecuente uso didáctico, divulgador ou propagandístico, a súa superflua achega interpretativa ou a súa incongruencia ou desaxuste co procedemento parlamentario. Entendo, sen embargo, que o seu carácter non normativo non minora outras utilidades innegables como a antedita, de manifestación de exercicio democrático do poder normativo, de fundamentación, de ilustración, clarificación e, sobre todo, interpretación, sen que sexa facilmente comprensible a aludida expresión de "superflua achega interpretativa". E os outros argumentos é claro que se basean en esencia no mal uso que ás veces se fai das exposicións de motivos: tales razóns (uso divulgador ou propagandístico) non son invocables respecto dos preámbulos correctos, senón só das súas manifestacións patolóxicas ou abusivas. Pola súa parte, a incongruencia co procedemento parlamentario semella unha razón de parte e puramente formal: non só pode ser corrixida coa posta en práctica dos debidos mecanismos ou instrumentos regulamentarios, senón que debe facerse, porque mala será sempre a norma que, por causas puramente procedementais, non permita que o Parlamento explicite cumpridamente a súa razón política e xurídi-

ca de adopción dunha determinada medida. As reflexións ben coñecidas de Pendas García (“Función de los Parlamentos en materia de técnica legislativa”), poden resultar ben útiles respecto disto.

Doutro lado, o argumento que o mesmo autor (Santaola-lla) expresa noutro traballo (“Nota acerca de las directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley”), na idea de que, como é esencial que nos anteproxectos figure unha exposición de motivos, esta deixa de ter sentido unha vez aprobada e promulgada a lei, devén, na miña opinión, da errónea consideración de que a exposición non forma parte de lei. Certo é que non constitúe articulado dispositivo, pero si parte expositiva da norma e, en canto a tal, elemento substancial desta. Non só as cámaras poden emendala, ó igual que o articulado, senón que, en termos máis substantivos, forma parte do corpus legal. Negalo é tanto como nega-lo seu valor futuro interpretativo, sobre o que o Parlamento tamén se pronuncia. Nunca un texto legal é capaz de expresar no seu articulado, conciso e imperativo, toda a riqueza de matices, o *background* da lei e o alcance e a medida dos instrumentos xurídicos que pon en práctica. Concordo, por iso, coa opinión de Abajo Quintana cando no seu traballo “Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley: antecedentes y finalidad”) afirma que “precisamente en la Exposición de Motivos se contienen múltiples criterios que pueden servir para interpretar oscuridades surgidas dentro de las disposiciones de la propia ley”.

E xa se ve tamén polo dito que tampouco comparto o uso restrictivo das exposicións de motivos que, dende posicións máis cautelosas, se propugna noutras ocasións. É o caso do coñecido colectivo Gretel, proclive a incluílas só en leis moi importantes (de desenvolvemento constitucional, bases, de alcance institucional ou solemne, de contido técnico ou científico, de modificación radical da lexislación anterior, e de excepción). Certo é que tal enumeración recolle as leis de contido máis transcendente, pero aínda así non acerto a comprender que se defenda a súa exclusión nas restantes. Nin sequera, como fai Martín Casals, quen baixa un banzo máis, e se mostra partidario da súa supresión cando se trate de leis que pretendan alcanzar “obxectivos obvios” ou se dicten “en ocasións de actividades lexislativas rutineiras”. Poucas cousas hai obvias no dereito e, aínda no caso das chamadas “leis seriadas”, non está de máis que se razoe o porqué de tal procedemento ou criterio, sempre digno de explicación e matización no seu ámbito e técnicas.

¿Por que tantas facilidades ó procedemento normativo, so-

bre todo governamental? A exposición de motivos dificilmente resulta superflua, ata obriga ó poder a explicarse ou xustificarse e, sempre constitúe un achegamento interpretativo útil. E o útil debe ser necesario; e o necesario esixible. En todo caso, isto que digo precisa dalgunha aclaración.

2. Función e utilidade das exposicións de motivos

Adoita dicirse que tales exposicións ou preámbulos constitúen o obrigado pórtico das disposicións normativas, sobre todo das de rango legal. E nese termo, "obrigado", opera xa unha carga significativa de motivos. Hai, en primeiro lugar, consideracións de pura lóxica: quen norma, (quen establece preceptos cogentes debe explicar antes de dicta-la parte dispositiva –*nihil sine ratione faciendum est*– as razóns de por qué se dicta tal norma), cáles son os criterios que a inspiran e cáles as técnicas ou instrumentos xurídicos que se adoptan como máis idóneos para o fin normativo perseguido. Porque, como di o adaxio clásico, *sine causa nulla obligatio*.

Diríase así que, salvadas as distancias, o preámbulo cumprenas normas unha finalidade comparable á motivación nas resolucións singulares: explica-lo íter que levou ó órgano que emana o acto a adoptar xustamente esa resolución e non outra, e a adoptala con axuste ó ordenamento, ás competencias e ó fin. A motivación permitirá despois un adecuado control da legalidade e ata da oportunidade do acto, especialmente importante para depurar calquera decisión arbitraria, discriminatoria, afastada do servizo ós intereses xerais e, en definitiva, tinxida de desviación de poder.

Sendo paragonable o sentido da motivación singular e o do preámbulo dunha norma, non é, sen embargo, a súa finalidade inmediata. A exposición de motivos evoca primariamente cuestións de interpretación da norma. Claro que dunha axustada interpretación debeñen virtualidades do control último da aplicación. Pero o prioritario é aquí a explicación aberta e comprensible das razóns da norma, da competencia para dictala, da medida do seu uso, e das técnicas arbitradas para conseguilo seu fin. Todo iso ha de facilita-la sempre necesaria tarefa hermenéutica, se ben nela a exposición de motivos será, ó igual ca outros documentos e antecedentes, non o único, senón un dato interpretativo máis.

Para iso non fai falta darlles ás exposicións de motivos carácter normativo. Non faltaron opinións neste sentido. Pero parece excesivo. Como dicía D. Federico de Castro, "las exposiciones de

motivos no son ley", pero iso si "llevan la autoridad de haberla redactado alguén que intervinou o conoció de cerca la intimidad de la obra legislativa...". E así o expresou tamén o Tribunal Supremo en repetidas ocasións e dende hai tempo (SSTS 25 febreiro 1943, 14 outubro 1965, etc.) e tamén o propio Tribunal Constitucional (Sentencia do 12 de decembro de 1981). Pero, ademais, resulta inxustificable e inoportuno. O que o lexislador pretenda de inmediato efecto xurídico cogente debe figurar claramente expresado no articulado. A función da exposición de motivos, en todo caso para min inescusable, é outra: facilita-la xustificación e a interpretación histórica, sociolóxica e xurídica da norma. Suprimila, como di Abajo Quintana, "sería tanto como suprimir los debates contenidos en el Diario de Sesiones que, en múltiples ocasiones, sirven también para determinar cuál fue la voluntad del legislador al regular una determinada materia".

Pero é máis: pódese tamén obter innegable proveito da análise dos aspectos sintácticos da exposición de motivos (a conexión dos elementos do seu discurso), dos aspectos semánticos (ou de significado dos termos e expresións utilizados), e de cuestións lóxicas (consecuenciais, analóxicas) e, en fin, ata das fórmulas de estilo utilizadas que, en visión semiótica, poden revelar facetas escuras ou non expresamente consignadas na parte dispositiva da norma. Tamén se poden poñer de manifesto outros moitos aspectos importantes para a interpretación, como é o caso dos preámbulos inflados de prolixas xustificacións que fan pensar ben na falta de seguridade e de confianza do que lexisla nos seus propios criterios, ben na súa conciencia difusa pero preocupante de ir contra corrente de amplas capas da opinión social. Tamén revelar que a norma é filla dunha ansiedade puramente económica. Ou o propósito último do lexislador, que é en ocasións puramente admonitorio (díctase a norma porque hai que facelo, sen moita vontade de que se cumpra) e outras veces, en cambio, manifesta claramente a intención dunha esixencia de cumprimento rigorosa.

En ocasións, como se dirá, a exposición de motivos é puro adorno inútil, que cumpre torpemente as esixencias da transparencia normativa ou resulta manifestación inverecunda de simple propaganda política.

Nin sequera nestes casos de uso distorsionado e perturbador resultará inútil a exposición de motivos, porque permitirá detectar unha concreta vontade, de arbitrariedade ou lixeireza, que influirá na valoración da parte dispositiva e na súa interpretación. Naturalmente, se a exposición non está viciada por tales móbiles a súa utilidade verase acrecentada. Será a demostración expresa

de que a norma non obedece ó capricho de quen a fai nin a razóns crípticas ou arbitrarias; a expresión de que, para responder ó exercicio democrático do poder, a norma se basea en razóns obxectivas, que procuran satisfacer un fin público, individualmente compartido ou non, pero explicado e razoable: servizo obxectivo ós intereses xerais e comportamento razoable da Administración que a emana. E podería ou debería ser tamén o vehículo de expresión das esixencias emerxentes da elaboración normativa: a factibilidade do dereito creado e a súa utilidade, no longo camiño do dereito "formal" ó dereito "útil" e a súa previa e moitas veces necesaria avaliación.

Dende esta perspectiva, a exposición de motivos non é residuo literario das normas nin un entorpecemento da imposición libre da vontade parlamentaria, senón un útil instrumento de explicación, interpretación e ata control democrático. En definitiva, se a exposición está ben elaborada, explica a situación que se pretende abordar normativamente, determina a competencia para facelo, recorda e delimita o dereito precedente, fixa o fin ou o obxectivo buscado e dá conta da súa necesidade e conveniencia, razoa o *quid novum* que introduce e xustifica o por qué e o alcance dos procedementos e das técnicas xurídicas que se poñen en práctica. E cando, inevitablemente, se impoñan as novas pautas xa emerxentes na elaboración normativa, servíralle tamén de soporte ó razoamento sobre a previa avaliación da norma e a súa solvencia, factibilidade e conveniencia útil.

Se é así, e así debe ser, a exposición de motivos encerra un alto valor e utilidade, sen que a necesaria distinción entre a *mens legis* e a *mens legislatoris* deba utilizarse para invalidala.

A lóxica e as pautas de exercicio democrático e razoable do poder, impoñen, pois, que tal preámbulo constituía obrigado pórtico dos textos normativos. E non é que tal virtualidade constituía un "invento" moderno. Por máis que hoxe nos pareza que, ó falar dunha Administración non impositiva senón dialogante e razoadora, estamos descubriendo algo novo, en realidade trátase de algo innato á verdadeira democracia de hoxe e de sempre. Xa Cicerón, reflexionando sobre "as leis" de Platón (e o seu entusiasmo por que non faltase nelas un preludio ou proemio explicativo das súas razóns), coincidía con el en que "lle convén algunhas veces á lei persuadir, e non impoñelo todo pola forza e a ameaza".

Sen dúbida, a exposición de motivos resulta primordial nas normas de rango legal, pola transcendencia, a xeneralidade e o grao de innovación xurídica que implican. E nelas non adoita faltar. Pero non estaría de máis que, imitando o que a LRX-PAC

impuxo para practicamente tódolos actos (motivación), a súa inclusión se xeneralizase en termos rigorosos para tódalas disposicións de rango regulamentario. É habitual, dende logo, que anteceda a decretos e ordes ministeriais, pero ás veces omítese e, con frecuencia, redúcese a termos formais que nada explican nin xustifican.

O valor motivador destas exposicións foi resaltado e ata esixido como necesario e conveniente en moitas ocasións. Díxose, por exemplo, que a lei debe explicita-lo motivo polo que o lexislador elixiu unha determinada opción; que non debe limitarse a cita-lo título competencial en razón do que actúa, senón por qué elixiu ese título e non outro e por qué o desenvolve ata un punto determinado (pénsese, por exemplo, na lexislación básica). E o lugar idóneo para iso ha de se-la exposición de motivos (Tudela Aranda, "La legitimación competencial de las leyes y la técnica normativa"). Incorporar a ela as razóns da decisión política finalmente adoptada polo Parlamento –di o mesmo autor– "supone aportar un importante elemento de juicio a posibles dudas y conflictos. El Tribunal Constitucional no se vería vinculado por lo allí señalado, pero si supondría un importante dato a tener en consideración. La inclusión de este razonamiento en los preámbulos es, a mi parecer, un importante argumento a favor del mantenimiento de esta parte de las leyes en nuestro derecho".

3. Obrigatoriedade constitucional e legal

As razóns expostas non deben ser inconsistentes, porque o noso ordenamento lle deu carta de natureza a esta obrigatoriedade das exposicións de motivos. Non se trata, polo tanto, dunha consecuencia só moral, imposta polas novas pautas do exercicio do poder, non só executivo, senón tamén xudicial –recórdese a obrigatoriedade constitucional de motiva-las resolucións xudiciais– e, neste caso, normativo. Trátase, ademais, dunha obriga establecida, aínda que con limitacións, polo noso ordenamento. En efecto, tanto o artigo 88 CE como o 100 do Regulamento do Congreso dos Deputados dispoñen que os proxectos de lei que o Goberno lles remite ás Cortes "irán acompañados dunha exposición de motivos".

Esta esixibilidade constitucional e legal da exposición de motivos non é caprichosa. Responde ó seu indubidable valor e utilidade, ó explica-la axioloxía da norma, a súa correcta emanación en razón dun título adecuado e permiti-la súa mellor interpretación.

Non se xustifican ben, pois, aqueles intentos da súa supresión ou restricción. Nin se entende tampouco que en case tódalas recompilacións lexislativas, segundo o costume, se recolla só a parte dispositiva e case nunca o preámbulo ou a exposición de motivos. Só razóns de estreita economicidade impuxeron este criterio, infausto en todo caso para calquera xurista ávido de coñece-la intrahistoria da norma e as súas razóns últimas.

A esixibilidade ten, sen embargo, as súas limitacións. Podería dicirse que non se trata dunha obriga estritamente xurídica, senón máis ben política e formal, xa que a súa inobservancia polos executivos non supón a invalidez do procedemento gobernamental lexislativo e, para os parlamentos, a liberdade é aínda maior, xa que obviamente poden emendar ou suprimilo preámbulo, e quedará en todo caso a decisión de incorporalo ou non como exposición de motivos en mans da Comisión lexislativa correspondente, como sinala o art. 114 do Regulamento do Congreso (López-Medel Bascones, "La elaboración técnica de los proyectos de ley").

Por outra parte, a xurisprudencia constitucional non é nada proclive á revisión das exposicións de motivos que, pola súa carencia de valor normativo –di– non poden ser obxecto de recurso de inconstitucionalidade (STC 150/1990). Hai outros pronunciamentos máis matizados, como a STC 36/1981, e sobre todo (como relata López Guerra) a 86/1989, na que a exposición de motivos dunha lei é empregada "como un factor máis para llegar a conclusiones sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de ésta". Nesta sentenza –conclúe López Guerra– "se estiman relevantes los objetivos expresamente señalados por el legislador en la Exposición de Motivos, a efectos de determinar el carácter básico de determinadas normas", "La técnica legislativa ante la jurisdicción constitucional".

4. Circunstancias que minoran o seu valor

Ademais do dito, é certo tamén que o indubidable valor das exposicións de motivos aparece con frecuencia diminuído por diversas circunstancias. A primeira, á que xa me referín, é a mala calidade de moitas delas, que nada din ou dino torpe e confusamente. O propio López-Medel escribiu que resulta frecuente que "se conviertan en piezas rutinarias, inexpresivas a veces, reiteradas del contenido dispositivo y que, en ocasiones, más que enmarcar la Ley, lo que hacen es excusar errores anteriores cuando no hacen unas desmedidas alabanzas a la nueva Ley; como suelen ser redactadas por quienes las han elaborado, se

convierten así en un autoelogio digno de ser colocado en un marco de la pared (exclusivamente del autor, se entiende)". Outras veces o tema é aínda máis grave, xa que hai exposicións de motivos que parece que foron redactadas xustamente co propósito de que o destinatario non se decate do contido da norma á que anteceden. Recolle Martín Rebollo no seu traballo "La técnica legislativa: reflexiones discretas sobre el método y el procedimiento", un exemplo, entre os centos posibles, ben revelador do que digo. Trátase non dunha lei, senón dunha Orde, do 28 de novembro de 1978 (BOE do 30), que inclúe este enigmático preámbulo:

"Mediante Orden del Ministerio del Interior de 11 de julio de 1938 se constituyó la Junta cuyos fines fueron determinados en su artículo 1. Su composición, regulada en el art. 2, fue modificada por Orden de la Presidencia del Gobierno de 16 de enero de 1954. Cumplidos en su mayor parte los cometidos asignados a la citada Junta, resulta aconsejable, en orden al establecimiento de los objetivos benéficos que constituyen sus fines últimos, proceder a una nueva reorganización toda vez que, dado el tiempo transcurrido, se han originado numerosas vacantes, reiterando el encargo que le confirieron las aludidas Ordenes Ministeriales.

En su virtud, dispongo:

Primero. La Junta creada por Orden de 11 de julio de 1938 y modificada por Orden de esta Presidencia de 16 de enero de 1954, quedará constituida de la siguiente forma [...]"

¿Podería entender alguén, pregúntase con razón Martín Rebollo, coa soa lectura do Boletín Oficial do 30 de novembro de 1978, a que se refería a orde citada?: Dificilmente. Habería que ir busca-la orde de 1938 mencionada e descubrir que a agora reproducida ben podería ter un título máis sinxelo: "Orden por la que se modifica la composición de la Junta Nacional de Homenaje a D. José Calvo Sotelo...".

Unha segunda razón da minoración práctica do valor das exposicións de motivos radica no seu, en ocasións, carácter politicamente "vingativo" respecto da lexislación anterior e que o novo texto vén substituír. Por sorprendente que pareza, hai preámbulos que se desacreditan pola zafiedade desta actitude. Máis que explica-las razóns e as bondades do novo texto, rexéitase simplemente o anterior e, ás veces, sen consideración técnico-xurídica ningunha, por ser "producto" dun determinado réxime político. Por afortunada que politicamente resulte tal desaparición, iso non frustra necesariamente de por si a virtualidade ou a corrección das técnicas xurídicas que o texto deseña. A exposición de motivos da vixente LRX-PAC é un bo exemplo

deste carácter, como González Pérez e González Navarro expresaron en repetidas ocasións.

Unha terceira circunstancia negativa é de carácter parlamentario. O Regulamento do Congreso (ó igual cós das cámaras autonómicas) prescribe que, para efectos de formulación de emendas, a exposición de motivos terá o carácter de artigo (artigo 110.5). Isto é positivo e coherente. Como quizais tamén o é que, pola súa globalidade, a discusión das emendas que se lle puidesen formular se realice ó final do articulado (artigo 114.2).

A ordinaria práctica parlamentaria conduce sen embargo a resultados sorprendentes e viciosos. Os grupos e os deputados adoitan presentar emendas de totalidade ou de devolución e, emendas ó articulado, pero rara vez se ocupan de ler e de emenda-las exposicións de motivos. Non é nada frecuente que o faga o grupo (ou grupos) que apoian o Goberno (¿quen ou sería emendar "as súas razóns"?). Si o fan ás veces deputados da oposición ou algún *free lance* do Grupo mixto. Neste caso, a súa emenda "verase" ó final de todo, en plena euforia do marcador governamental favorable, co cal o máis probable é que nin sexa oída e, dende logo, que se rexeite totalmente e sen consideración (¿a que virá este agora, unha vez que pactámo-las cuestións importantes e "sacamos" a lei adiante, con este insoportable incordio?).

Véñse configurar así un tránsito parlamentario frustrante para as exposicións de motivos, as posibles emendas (moitas veces non xa razoables, senón esixidas pola coherencia coa parte dispositiva) ou non existen ou se rexeitan descoidadamente. A inexistencia de emendas resulta especialmente grave, xa que conxela o texto na súa versión orixinal, que non se pode modificar dada a estreiteza e as dificultades da emenda técnica e a non posta en práctica doutros mecanismos que resultarían útiles para os efectos. O responsable e abnegado labor dos letrados parlamentarios (no caso das Cortes Xerais amparada pola Norma do 26 de xuño de 1.989 sobre asesoramento ás comisións) non é capaz en moitos casos, polo seu carácter previo, de superar estas dificultades de inadecuación do preámbulo á parte positiva.

O resultado é que as exposicións de motivos ás veces rematan así: adquiren vida propia, esgazada do articulado, contradínse con el, din cousas que non se entenden e poden perder case todo o seu valor.

5. A utilización correcta

Este triste sino dalgunhas exposicións de motivos non é sen embargo ineluctable. Existen mecanismos que, dado que flexibilizan a rixidez da expresión da vontade parlamentaria, poden e deben evitalo. E, de feito, tan lamentable final non é xeneralizable. Onte e hoxe o noso ordenamento produce e produciu magníficas exposicións de motivos, que iluminaron a interpretación da lei e incluso lles serviron, e lles serven, ós investigadores e docentes universitarios de depósito doutrinal e histórico imprescindible, moito máis rico en ocasións cás especulacións académicas, por desgracia e con frecuencia afastadas dos problemas reais, políticos e prácticos da formulación legal.

Adoitamos citar neste sentido a exposición de motivos da Lei de augas de 1879, a da vella Lei de axuizamento criminal de 1882, tan loada no seu día por Serra Domínguez e Gómez Orbaneja, a da Lei de expropiación forzosa de 1954, a da xurisdicción de 1956 ou a de procedemento administrativo de 1958. Todas elas son documentos admirables nos que aprendémo-la etioloxía e a explicación sociolóxica e técnico xurídica da norma. E a elas poden engadírselles outros testemuños. Por exemplo, a exposición de motivos da vixente Lei de costas de 1988 é un utilísimo documento para coñece-la evolución legal na concepción da regulación do dominio público marítimo terrestre e lograr así unha cabal comprensión do seu articulado. E o preámbulo da Lei de prácticas restrictivas da competencia de 1963 (substituída hoxe pola de defensa da competencia de 1989) ponse como exemplo das exposicións de motivos de normas xa derogadas que "siguen prestando utilidade al intérprete, lo que prueba su calidad y la vigencia de los principios o fundamentos de la norma derogada" (González Navarro, "Derecho administrativo español").

6. As directrices oficiais

Nun laudable intento de que as exposicións de motivos sexan correctas e útiles, no ano 1991 o Consello de Ministros adoptou un acordo (publicado como Resolución, do 15 de novembro, da Subsecretaría de Relacións coas Cortes e da Secretaría do Goberno) polo que aprobaron as directrices sobre a forma e a estrutura dos anteproxectos de Lei (*BOE* n.º 276, do 18 de novembro de 1991).

Este coñecido documento dedícalle á exposición de motivos a penas catro parágrafos, que procede comentar sucinta-


mente. En primeiro lugar, imponse o nome de “exposición de motivos”, que se deberá inserir así no texto correspondente, co que proscribe outras denominacións ó uso, como por exemplo a de “preámbulo”. En segundo lugar esixe que, tódolos anteprojectos de lei leven exposición de motivos, sen prexuízo da restante documentación ou antecedentes complementarios que esixa a súa natureza particular (memorias, informes, etc.), co que non fai outra cousa que reitera-lo mandato xa aludido do art. 88 CE. O terceiro punto dedícaselle ó contido, e analízase en recomendacións de extensión, materia e forma. En canto á extensión, a resolución esixe, en principio, brevidade e concisión. Iso parece razoable, para evitar prolixidades innecesarias. Sánchez Morón insiste niso: a exposición “conviene que sea sucinta, limitándose a exponer las razones de oportunidad que justifican el texto y a explicar sintéticamente su contenido, huyendo de consideraciones retóricas, históricas, ideológicas, y farragosas al uso”. Ben é certo, e con razón se dixo, que “esto no debe ser elevado a rango de principio absoluto” (López-Medel Bascones), xa que é claro que hai normas que requirirán de preámbulos extensos. “Por ello –di o mesmo autor– la propia Resolución enmienda el principio proclamado en la directriz 6ª, al prever en la siguiente el hecho de que pudiese ser extensa o “larga” (que é a palabra que se utiliza), en cuyo caso autoriza a que pueda dividirse en apartados”. En canto á materia, establece que a exposición fixará *os obxectivos* de anteprojecto, aludirá ós seus *antecedentes* e ás *competencias* en exercicio das cales se dicta (en particular, as relativas ós ordenamentos comunitario europeo e autonómicos), así como ó seu contido (aunque isto último só se é preciso para a comprensión do texto legal). En canto á forma, a resolución establece que a exposición evitará, en todo caso, as exhortacións, declaracións didácticas ou laudatorias e outras análogas.

Pode dicirse que estamos ante unha correcta formulación do contido –tipo dunha exposición de motivos. Pola miña parte, engadiría a conveniencia de expresar, na medida do posible, o tipo de lei que se proxecta (básica, de harmonización...) e a xustificación das técnicas xurídicas que se poñan en práctica e da intensidade da súa aplicación. González Navarro, pola súa parte, sen obxectar nada substancial a tales directrices, engade con sorna que, “siendo tan elevado el número de los ignorantes”, non se alcanza a razón desa “prevención contra lo didáctico” que aquí a resolución revela.

Estamos, en definitiva, ante unhas directrices razoables e útiles, respecto das que só serían discutibles aspectos menores.

Quedan, sen embargo, pendentes dúas cuestións importantes: dunha parte, a aplicación de tales directrices, en principio, só ós anteproxectos de lei; doutra, o seu cumprimento práctico no cotián da produción normativa.

Respecto do primeiro, e sen entrar agora no complexo tema da súa cualificación (normativa ou de simples recomendacións técnicas) e de a quen lle debe corresponde-la competencia para dictalas, parece claro que as directrices, tralo Real decreto 1486/1993, do 3 de setembro, viron ampliada a súa aplicabilidade non só ós proxectos de lei, senón incluso a tódalas disposicións administrativas xerais. Así parece deducirse do seu artigo 4, sen prexuízo de que, na miña opinión, resulte arriscado extraer da súa vulneración a consecuencia dunha posible nulidade dos regulamentos elaborados sen axustarse a tales criterios de técnica normativa.

Respecto do segundo, queda moito camiño por percorrer. Hoxe por hoxe seguen aparecendo exposicións de motivos coa denominación de "preámbulo"; en numerosos decretos e ordes o seu texto antecede á parte dispositiva sen rúbrica ningunha; o seu contido é con frecuencia inexpresivo, admonitorio ou propagandístico; e incluso na súa forma, as directrices non se cumpren. Por exemplo, o Proxecto de nova lei da xurisdicción contencioso-administrativa recentemente enviado ás Cortes estrutura a súa exposición de motivos (na versión do BOCG n.º 70-1, do 18 de xuño de 1997, é de supoñer que fiel transcripción do texto gobernametal) en apartados con numeración romana (non arábica) que, ademais, non se centra no texto, senón que se plasma na marxe. Coma sempre nas reformas administrativas: *largus promissor, tardus promissorum executor*. 

Algúns aspectos do réxime xurídico dos montes en man común en Galicia

Catedrático de dereito civil.
Universidade de Santiago
de Compostela

Ángel Luis Rebolledo Varela

I.

Introducción

A Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia comeza o tratamento dos dereitos reais coas comunidades, e dentro delas cunha das máis características da Comunidade Autónoma de Galicia como son os montes veciñais en man común. Sen embargo unha lectura da lei nesta materia produce inmediatamente unha certa perplexidade cando se observa que a sección 1ª contén un único artigo que, salvo algunha precisión certamente relevante en canto á atribución da condición de veciños da comunidade titular do monte veciñal, se limita a reproducir o artigo 1 da Lei galega 13/1989, do 10 de outubro, de montes veciñais en man común (DOG do 20 de outubro) dende o que se remite para a súa regulación á súa lexislación específica.

E así, conforme ó artigo 14 da Lei 4/1995, "son montes veciñais en man común, e rexeranse pola súa lexislación específica,

os que, con independencia da súa orixe, das súas posibilidades productivas, do seu aproveitamento actual e da súa vocación agraria, pertencen a agrupacións veciñais na súa calidade de grupos sociais, e non como entidades administrativas, e os veñan aproveitando consuetudinariamente os membros daquelas, en réxime de comunidade sen asignación de cotas, na súa condición de veciños con casa aberta e con fume”.

Probablemente a actual complexidade que presenta a regulación xurídica dos montes en man común facía difícil tanto dende un punto de vista de simple técnica lexislativa como de formulacións puramente estatutarias¹, a súa incorporación ó texto da Lei 4/1995 e por iso non deixa de ser oportuno o mantemento autónomo da lexislación xa existente sobre a materia aínda que, polas mesmas razóns, pode parecer excesiva unha certa pretenciosidade do lexislador ó non limitarse a unha remisión xenérica e configurar unha sección sobre os montes veciñais en man común, quizais exclusivamente por continuar cunha tradición histórica xa que na Lei 147/1963, do 2 de decembro sobre compilación do dereito civil especial de Galicia, no título V, dentro das formas especiais de comunidade, se lle dedicaba o capítulo I (arts. 88 a 89) á comunidade en materia de montes, aínda que tamén cabe pensar, vendo a configuración total do capítulo I do título III e as figuras que regula, que o lexislador se viu forzado a buscar un contido para darlles ás comunidades, co fin de completar un título dedicado ós dereitos reais que, pola súa vez, lle dese corpo a unha lei que contiñese o dereito civil de Galicia, con identidade propia, nas tradicionais materias que regula o Código civil, isto é, título preliminar coas fontes (arts. 1 a 5), dereito da persoa (art. 6), dereitos reais (arts. 14 a 34), contratos (arts. 35 a 99), dereito de familia (arts. 100 a 116) e dereito de sucesións (arts. 117 a 170), o seu contido, parece obvio, en ocasións é moi discutible.

¹ Sinala RAPOSO ARCEO como a competencia exclusiva da Comunidade Autónoma de Galicia en materia de réxime xurídico dos montes veciñais en man común se recolle no art. 27.11 do Estatuto de autonomía, separándoo, tanto da regulación dos montes e aproveitamentos forestais en xeral (art. 27.10) como da “conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do dereito civil galego” (art. 27.4) o que supón, na súa opinión, a exclusión desta institución do dereito civil galego e por ende a proscripción da súa inclusión na Lei de dereito civil de Galicia, coa contradición do propio lexislador que, se por un lado reconece explicitamente na lei de 1989 o seu carácter privado, por outro non o inclúe no que sería a súa sede lóxica, isto é, a Lei de dereito civil de Galicia. Vid. “Los montes vecinales en mano común”, *Foro Galego* núm. 188, 1995, páx. 20. En todo caso, e como se indica a continuación, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia rexeita esta interpretación ó considerar que a materia de montes veciñais en man común constitúe e forma parte do dereito civil propio.

En todo caso, e respecto dos montes en man común, por remisión do artigo 14 da Lei 4/1995, obriga a referirse ó réxime xurídico desta institución contido na Lei 13/1989, do 10 de outubro, de montes veciñais en man común e ó seu regulamento, aprobado por Decreto 260/1992, do 4 de setembro (DOG do 23 de setembro), fundamentalmente dende a perspectiva dos problemas que xerou a súa aplicación práctica e das decisións adoptadas polos tribunais galegos, sempre sobre a base de que, como di a Sentencia do 20 de outubro de 1992, TSXG (RXG 1992, 393), e sen prexuízo de aspectos administrativos, nos encontramos ante unha institución propia do dereito civil de Galicia e nos litixios que sobre ela poidan xurdir na xurisdicción ordinaria cabe recurso de casación ante a sala do civil e penal de tal tribunal e non ante o Tribunal Supremo².

II.

A lexislación sobre montes en man común

Sinala Cores Trasmonte³ como dúas grandes tendencias lexislativas definen a institucionalización dos montes en man común. Nunha primeira etapa, a lexislación estatal descoñeceu a existencia xurídica desta institución polo que, en palabras de Raposo Arceo, inicialmente non existe unha regulación positiva dos montes veciñais en man común, ata o punto de que cabe afirmar que a lexislación non só non reconece a súa existencia senón que a súa subsistencia se verifica contra a expresa vontade

² Recorrida en casación unha sentenza recaída en materia de montes veciñais en man común, tras alegar causa de inadmisibilidade por entender que a cuestión debatida non era dereito civil galego, o TSXG rexeita a argumentación e sostén que "de ningunha das maneiras pode admitirse o argumento de parte consistente en considerar alleas ó noso dereito civil as materias que fóra do disposto no apartado 4 do artigo 27 do Estatuto de autonomía de Galicia, teñen substancialidade propia na relación que efectúa o citado precepto. Pensar que só é dereito civil galego de maneira excluyente o que caia no ámbito do número 4, é unha interpretación tan restrictiva que non pode máis que rexeitarse de forma categórica por absurdamente reduccionista. O ámbito do dereito civil galego abarca non só as materias xenericamente enmarcadas no citado numeral, senón outras que con independencia da súa incidencia nelas do dereito administrativo, *ad exemplum* as augas que enumera o apartado 14 do repetido precepto, ou o réxime das fundacións recollidas no artigo 26, teñen esencialmente en canto se refire a cuestións sobre a súa titularidade, a condición de cuestións de dereito civil galego, independentemente de que estean recollidas na compilación ou en leis especiais. O número 4 é só unha formulación de tipo xenérico que non exclúe a existencia doutras materias de dereito civil na enumeración do artigo 27 do Estatuto, e entre elas encóntrase a dos montes veciñais en man común (número 11 da dita relación), que é precisamente unha das institucións de dereito civil máis xenuinamente galegas".

³ "As comunidades e a Lei 4/1995, de dereito civil de Galicia", en *Derecho Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995, do 24 de maio)*, Asociación Revista Xurídica Galega, Vigo, 1996, páx. 111.

lexislativa⁴. Nesta etapa os montes veciñais non se distinguen doutros montes nin doutros bens patrimoniais nin doutras comunidades rexidas pola lexislación contida nos artigos 392 e seguintes do Código civil, unha comunidade por cotas tendente á súa extinción mediante o exercicio da acción de división (art. 400), o que facilitou procesos de individualización e de fraccionamento con atribución de titularidades exclusivas das sucesivas parcelas creadas por divisións e segregacións ou atribucións de titularidade a entidades puramente administrativas.

Foi a xurisprudencia, que ó mante-la existencia no noso dereito da comunidade xermánica, recoñeceu a vixencia dunha institución específica como os montes veciñais en man común, de maneira que configurou a súa natureza xurídica e as garantías das que debían de estar rodeados, tanto fronte ás accións de división e de atribución individualizada dos veciños como fronte á invasión administrativa⁵. E así, como indica Cores Trasmonte⁶, desde a sentenza do 22 de decembro de 1926, na que se delimitaron os montes veciñais en man común como unha comunidade de dereito privado e non de dereito público, o Tribunal Supremo veu mantendo a súa subsistencia e a súa consideración de comunidade xermánica suxeita ó principio de indivisibilidade (sentencia, entre outras, do 28 de decembro de 1957 –*Arzdi* 1957, 3654–), en doutrina seguida e desenvolvida pola Audiencia Territorial da Coruña (sentencias do 10 de xullo de 1944, 22 de febreiro e 3 de xullo de 1945) nunha creación xurisprudencial entendida como a simple constatación e xuridificación dunha realidade preexistente con fundamento no dereito consuetudinario⁷.

A Lei de montes do 8 de xuño de 1957 recolleu por primeira vez no ámbito normativo a existencia dos montes veciñais en man común en Galicia, se ben vinculando a súa propiedade ós concellos e limitándose ó seu recoñecemento sen regula-la súa natureza nin o seu contido⁸, o que tampouco fixo o artigo 23 do regulamento aprobado por Decreto 485/1962, do 22 de febreiro, que se limitaba a reproducir-la lei de 1957 tendo que esperar ata a Lei 147/1963, do 2 de decembro, sobre compilación do dereito civil de Galicia, para a súa definitiva consagración no ámbito lexislativo nunha regulación que, non por parcial e parca, non deixaba de conter os perfís esenciais que configuran os montes en man común, salvo a súa desvinculación dos concellos. E así, segundo o artigo 88:

“Con independencia dos montes propios, comunais e dos particulares, regulados aqueles polas leis administrativas e estes polos preceptos do Código civil, son montes de veciños os

⁴ “Los montes vecinales en mano común... *cit.*”, páx. 13. Cita este autor a Real orde do 22 de maio de 1848, o artigo 1 da cal sinalaba que “a lexislación administrativa vixente non recoñece a diferenza que se pretende establecer entre montes do común dos pobos e os do común dos veciños”.

⁵ CORES TRASMONTE, “As comunidades e a Lei 4/1995, de dereito civil de Galicia... *cit.*”, páx. 111.

⁶ “As comunidades e a Lei 4/1995, de dereito civil de Galicia... *cit.*”, páx. 106.

⁷ RAPOSO ARCEO, “Los montes vecinales en mano común... *cit.*”, páx. 13.

⁸ Conforme ó art. 4, “a presente lei recoñece e regulará a existencia nas provincias da Coruña, Lugo, Ourense e Pontevedra de montes pertencentes en man común ós veciños das consuetudinarias demarcacións parroquiais, que serán vinculados ós concellos respectivos, que regularán o gozo dos seus aproveitamentos, de maneira que, sen prexuízo dos intereses materiais de cada municipio, reciban unha xusta parte os veciños con dereito a este”.

que pertenzan en man común ós veciños da parroquia, vila ou núcleo de poboación que tradicionalmente veu gozando deles e que se van rexer polo disposto no artigo seguinte”.

Tal norma recoñecía a titularidade privada dos montes en man común como pertencentes directamente ós veciños e non ás entidades administrativas, pero, sen embargo, no parágrafo 1º do artigo 89 mantíñase unha certa administrativización cun control por parte dos concellos de toda a súa xestión e aproveitamento, podendo ser utilizados en beneficio destes e non exclusivamente dos seus titulares:

“Os montes veciñais están vinculados ós concellos respectivos, os cales regularán o seu gozo e aproveitamento de maneira que, sen prexuízo dos intereses xerais de cada municipio, reciban unha xusta participación os veciños, e sen que, baixo ningún pretexto, poidan verificarse alteracións en canto ós destinatarios do gozo deses montes”.

Por outra parte, nos seus parágrafos 3º e 4º considérase a forma de aproveitamento e os seus beneficiarios:

“Terán dereito ó seu gozo tódolos que teñan o carácter de veciños cabezas de familia da parroquia ou núcleo de poboación que tradicionalmente os posúe.

O aproveitamento será preferentemente en común. Non obstante, os concellos, se estimasen conveniente o cultivo agrícola, poderán distribuílos, temporalmente, en lotes ou parcelas, que se lles adxudicarán ás cabezas de familia por períodos de cinco anos de duración máxima, e farán a distribución en proporción directa ó número de familias e inversa á riqueza dos respectivos adxudicatarios”.

Por último, no parágrafo 2º do artigo 89 defínense por primeira vez no ámbito legal as características básicas dos montes veciñais en man común, como “indivisibles, inalienables, imprescritibles e inembargables”, norma que, na súa aplicación práctica xerou numerosos conflitos, fundamentalmente na recuperación e clasificación como montes veciñais en man común de montes que con anterioridade foran parcelados e distribuídos entre os particulares como propiedade exclusiva, e en relación coa titularidade dominical que se acabaran atribuíndo os concellos.

Os artigos 88 e 89 da Compilación de Galicia foron expresamente derogados pola Lei de montes veciñais en man común 52/1968, do 27 de xullo, desenvolvida polo regulamento aprobado por Decreto 569/1970, do 26 de febreiro. Tal lei, aínda que supón un avance importante no recoñecemento do réxime xurídico específico desta forma de propiedade así como na concreción do seu contido, ó recoñece-la titularidade dos núcleos

veciñais, continúa mantendo a súa vinculación e control polos concellos nunha regulación que, como explica a súa exposición de motivos, aínda que lles outorga a tales núcleos a personalidade xurídica necesaria sen embargo permite compatibilizalo seu aproveitamento coas facultades recoñecidas á Administración, tanto polo que lles concerne á vinculación dos montes en man común ós concellos en que se encontren como nas atribucións que lle corresponden á Administración forestal do Estado, encamiñadas a garanti-la súa adecuada explotación.

A Lei do 27 de xullo de 1968 foi derogada pola vixente, no ámbito estatal, 55/1980, do 11 de novembro, precedente inmediato da lexislación galega, e na que definitivamente se consagra a súa titularidade privada (art. 1) desvinculada dos concellos e lle corresponde exclusivamente á comunidade propietaria a administración, gozo e disposición dos montes veciñais en man común (art. 5), polo que queda reducida a intervención administrativa local á posta en coñecemento do Ministerio Fiscal de calquera acto que atente ou poña en perigo a conservación ou a integridade do monte, para os efectos de que aquel exercite as accións civís e penais que sexan adecuadas para restablece-la situación xurídica correcta e persegui-los actos que a contradigan (art. 15), lei, a disposición adicional da cal expresamente fai excepción do que dispoñan os estatutos de autonomía nesta materia e se ben o Estatuto de autonomía de Galicia é posterior (LO 1/1981, do 6 de abril) no artigo 27.11 asumíronse as correspondentes competencias exclusivas en montes veciñais de man común, separadas das competencias xerais sobre montes e aproveitamentos forestais do art. 27.10 de desenvolvemento lexislativo da lexislación básica do Estado en materia de montes (arts. 148.1.8 e 149.1.23 da Constitución).

Baseándose en tales competencias dictouse a Lei 13/1989, do 10 de outubro, de montes veciñais en man común e o regulamento aprobado por Decreto 260/1992, do 4 de setembro sendo de resaltar, como indica Cores Trasmonte, que cando se publica a lei galega o proceso constitutivo, legalmente falando, dos montes veciñais en man común estaba na súa fase máis desenvolvida⁹ de maneira que a Lei 13/1989, o que fixo esencialmente, con moi poucas variacións, foi adecuar á Comunidade Autónoma de Galicia a institución xa recoñecida e regulada na Lei estatal 55/1980, do 11 de novembro o que, e sen prexuízo de que a lexislación galega é de aplicación preferente a calquera outra (disposición final 2ª da Lei 13/1989), haberá de terse en conta para resolver algunhas dúbidas interpretativas que xorden na aplicación da lei galega.

⁹ "As comunidades e a Lei 4/1995, de dereito civil de Galicia... cit.", páx. 115.

A Lei 13/1989, do 10 de outubro, sobre montes veciñais en man común

1. Concepto e titularidade do monte veciñal en man común: a condición de veciño

Segundo o artigo 1 da Lei 13/1989 "son montes en man común e rexeranse por esta lei os que, con independencia da súa orixe, das súas posibilidades productivas, do seu aproveitamento actual e da súa vocación agraria, pertencen a agrupacións veciñais na súa calidade de grupos sociais e non como entidades administrativas, e se veñan aproveitando consuetudinariamente en réxime de comunidade sen asignación de cotas polos membros daquelas na súa condición de veciños" montes que, como aclara o artigo 1 do regulamento, deberán estar radicados dentro da Comunidade Autónoma de Galicia¹⁰.

A redacción deste artigo 1, que reproduce o art. 14 da Lei 4/1995, é case idéntica á do artigo 1 da Lei estatal 55/1980, se ben a lei galega aclara expresamente, sen dúbida ningunha ante a existencia de aproveitamentos non forestais dalgúns montes veciñais, que a cualificación dun monte veciñal é independente non só da súa orixe senón tamén do seu destino que pode ser agrario ou gandeiro (art. 22.1) o que, por outra parte, tamén prevía expresamente a disposición final 5ª da Lei 55/1980¹¹.

Como indica Raposo Arceo¹² a caracterización dun monte como veciñal vén determinada por dous parámetros básicos: a titularidade colectiva e aproveitamentos consuetudinarios¹³, entendidos estes últimos como un aproveitamento material, efectivo do monte e ó tempo consuetudinario¹⁴, de modo que satisfaga as necesidades do titular mediante a obtención de rendementos que non han de ser necesariamente forestais, senón que poden ser agrarios, gandeiros, etc., e sen que obste ó cumprimento de tal requisito unha certa intervención sobre o monte por parte das entidades municipais (*vid.*, Sentencia do 18 de maio de 1990, TS, Sala 3ª, -*Arzdi.* 1990, 3821-).

¹² "Los montes vecinales en mano común... *cit.*", pág. 21.

¹³ En igual sentido *vid.*, a sentencia do 9 de marzo de 1993, TS, Sala 3ª (*Arzdi.* 1993, 1628) que afirma que dúas son as notas características dos montes veciñais en man común: o aproveitamento consuetudinario dun monte ou parte del en man común ou comunidade sen atribución de cotas, e a atribución da titularidade dese aproveitamento ós veciños integrantes dun grupo social fáctico, determinado independentemente da súa cualificación ou non, como entidade municipal ou administrativa.

¹⁴ Sobre a significación e carácter do aproveitamento *vid.*, a Sentencia do 30 de novembro de 1991, A. P. Pontevedra, sección 1ª (*RXG* 1992, 52).

¹⁰ Sobre as orixes dos montes veciñais en man común *vid.*, GARCÍA CARIDAD, "Comentarios a los arts. 88 y 89", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirixidos por Manuel Albaladejo, T. XXXII. Compilación de Galicia, Xaén, 1979, pág. 212 e segs. Sinala a sentencia de 30 do novembro de 1991, A. P. Pontevedra, Sección 1ª (*RXG* 1992, 52) como ademais do factor puramente temporal de inmemorial uso dos montes en aproveitamento común, se sitúa tamén a orixe dos montes veciñais, nalgúns casos, nunha especial procedencia foral, por redención do foro que permitiu que consolidados polos foratarios o dominio directo e útil dos montes ou leiras que singularmente viñeran posuindo, pasando a un réxime de comunidade que pasou logo a trastocalo seu réxime e status xurídico en virtude dunha simple mutación da situación de feito ó longo do tempo, de maneira que a pertenza viñese definida polo gozo dos veciños con casa aberta; noutros casos a orixe parece situarse nas adquisicións feitas ó Estado por particulares con ocasión das leis amortizadoras, despois alleadas ós veciños que inauguran a partir dese momento un aproveitamento común.

¹¹ "O destino agrícola ou gandeiro non é obstáculo para a conceptualización como montes veciñais, en man común, dos terreos que reúnan as características previstas nesta lei".

Polo que respecta ó termo titularidade colectiva, malia a súa aparente claridade, ó meu modo de ver, non identifica necesariamente un monte en man común pois, sen entrar na cuestión da apropiación individual dos montes polos particulares, é certo que en Galicia, como xa recoñecía o artigo 88 da Compilación de 1963, existen montes de titularidade colectiva e aproveitados en réxime de comunidade que non son en man común senón simple copropiedade romana entre particulares que coinciden en ser veciños dunha parroquia ou lugar. Diferéncianse dos montes en man común en que estes sempre pertencen non tanto a un grupo de veciños, o que pode existir en ámbolos casos, senón, como di o artigo 1 da lei, conforman "un grupo social" e, fundamentalmente, o aproveitamento realízase sen asignación de cotas.

Tal e como recorda a Sentencia do 6 de novembro de 1996, A.P. Ourense (*Arzdi. Civ.* 1996, 2097), o artigo 3 da Lei 13/1989, seguindo a doutrina sentada polos tribunais civís da Comunidade Autónoma de Galicia, recoñece expresamente que a titularidade dos montes veciñais en man común é de natureza xurídico-privada, e que a mesma, así como o aproveitamento, pertence "á agrupación veciñal na súa calidade de grupo social" (art. 1 da lei e 2 do regulamento) que estará integrada, segundo o artigo 3.1, "polo conxunto de veciños titulares de unidades económicas, con casa aberta e residencia habitual nas entidades de poboación ás que tradicionalmente estivese adscrito o seu aproveitamento, e que veñan exercendo, segundo os usos e costumes da comunidade, algunha actividade relacionada con aqueles", tendo en conta que, conforme ó artigo 3.2, a comunidade veciñal "se entenderá composta polos veciños que a integran en cada momento".

Iso supón, por unha parte, que aínda que frecuentemente os montes veciñais son montes parroquiais non sempre necesariamente é así, pois o artigo 1 fala de "agrupación veciñal na súa calidade de grupo social" de maneira que xunto ós montes veciñais pertencentes como titulares a varias parroquias, figura distinta da mancomunidade de comunidades de veciños a que se refire o artigo 15.3 da lei, como afirma a Sentencia do 30 de novembro de 1991, A.P. Pontevedra, Sección 1ª (*RXG* 1992, 52)¹⁵, existen os montes de lugar, tal e como xa recollía o artigo 88 da Compilación de 1968 ó falar de "parroquia, pobo ou núcleo de poboación"¹⁶.

Por outra parte, a composición da comunidade veciñal proprietaria do monte, e os veciños con dereito a participar no seu aproveitamento e rendementos económicos, é variable, de ma-

¹⁵ Esta sentenza considera que non pode facerse cuestión "da posibilidade de que poida atribuírse a titularidade dun monte veciñal en man común a favor dun lugar determinado, diferencialmente da parroquia á que pertenza aquel, pois aínda sendo a parroquia unidade xeográfica social e cultural ben delimitada que facilita e canaliza a Administración municipal, non existe inconveniente legal ningún para admitir montes de lugar, xa que a terminoloxía das disposicións legais así o pon de manifesto, dende a específica referencia da Lei do 27 de xullo de 1968 e Regulamento do 26 de febreiro de 1970, ás fórmulas actuais de sentido xeral ("agrupacións veciñais") da Lei do 11 de novembro de 1980 e a autonómica do 10 de outubro de 1989". Segue o mesmo criterio a Sentencia do 21 de outubro de 1994, A.P. Pontevedra, sección 3ª (*RXG* 1994, 210). De tódalas maneiras é de resaltar que, sen embargo, ámbalas sentencias nos supostos axuizados rexeitan que nos encontremos ante montes de lugar senón parroquiais, e non é transcendente que uns veciños dun lugar determinado aproveiten con máis intensidade o monte por razóns puramente de proximidade xeográfica así é destacable que se reproduza o conflito sobre a cualificación do monte veciñal en man común non fronte a estraños ou concellos, senón entre os propios veciños da parroquia que intentan excluí-lo maior número deles dos requisitos esixidos pola lei, sen dúbida pola importancia económica e os beneficios que se obteñen da súa explotación.

¹⁶ *Vid.* a Sentencia do 21 de xaneiro de 1989, sala 5ª (*Arzdi.* 1989, 407). Por iso, ó meu modo de ver, é máis preciso o ar-

tigo 4 do regulamento ó especificar expresamente a condición de veciño comuneiro como "aquelas persoas titulares de unidades económicas que residen habitualmente con "casa aberta" dentro da área xeográfica sobre a que se asente o grupo social que tradicionalmente aproveitou o monte, conforme ás situacións consuetudinarias que viñan existindo entre os seus compoñentes".

¹⁷ Expresamente o recolle o artigo 4 do regulamento con referencia a "aquelas persoas que alcancen a citada condición [de veciño] no sucesivo".

¹⁸ Tal era o criterio expreso do artigo 89 da Compilación de 1963 ó dicir que "terán dereito ó seu gozo tódolos que teñan o carácter de veciños cabezas de familia da parroquia ou núcleo de poboación que tradicionalmente os posuísen". É de resaltar neste punto a maior precisión do artigo 7 da Lei estatal 55/1980, que deixa máis claro, que a integración na comunidade veciñal se produce a través da "casa" e non como dereito propio: "Os estatutos regularán quen ha de representar a cada "casa aberta con fumes" en todo o concernente ó monte, así como a forma de acreditar esa representación". Neste sentido o artigo 39 do regulamento da Lei galega é o que aclara a designación do representante polos membros de cada "caza aberta".

¹⁹ *Id.*, Sentencia do 22 de decembro de 1992, TSXG (RXG 1993, 9) sobre o dereito a ser considerado membro da comunidade veciñal por dereito propio, unha vez alcanzada a independencia económica e a diferencia coa existencia dunha compañía familiar galega.

neira que a perda da condición de veciño supón tamén a separación da comunidade mentres que o dereito ó aproveitamento xorde mediante a adquisición da dita condición¹⁷. Ademais, non tódolos veciños que conforman a agrupación veciñal forman parte da comunidade titular do monte a título individual, senón soamente "os titulares de unidades económicas", o que ha de identificarse co cabeza de familia (el ou ela) do grupo familiar no que os veciños se integran¹⁸ de maneira que os membros do grupo familiar, dependentes economicamente del, non pertencen á comunidade veciñal por dereito propio e como copartícipes senón cando alcanzan a independencia e se establecen como veciños¹⁹, cos requisitos esixidos no propio artigo 3 o que, por outra parte, presenta algunha dúbida de interpretación respecto de quen é "veciño" para os efectos de formar parte da comunidade do monte en man común.

En principio, e ó corresponderlle á comunidade veciñal a aprobación dos seus estatutos (art. 16), que deberán conter, como mínimo, a atribución da condición de comuneiro e as condicións de admisión de novos comuneiros, parece que a ela lle corresponde a determinación dos requisitos que se teñen que reunir para acceder ou exercer-la condición de veciño e integrarse na comunidade. Sen embargo, o artigo 16.1 a) establece expresamente que a atribución da condición de comuneiro deberá realizarse conforme ó disposto no artigo 3.1 da lei, de maneira que a comunidade veciñal, tal e como resolve a Sentencia do 6 de xuño de 1995, TSXG (RXG 1995, 126), non ten autonomía absoluta para atribuír ou denegar-la condición de comuneiro fóra do marco do artigo 3.1²⁰ e, neste sentido, o concepto xurídico de veciño, en canto titular dunha unidade económica, parece claro que non se corresponde nin coa veciñanza civil ad-

²⁰ "Se é certo que a Asemblea é o órgano soberano da comunidade -di a mencionada sentenza do 6 de xuño de 1995- e que entre as súas facultades se encontran as de redacción e aprobación dos estatutos, nos que por lei (apartado a) parágrafo 1 do artigo 16 da Lei de montes en man común) debe constar-la atribución da condición de comuneiro, conforme co disposto no artigo 3.1, e en cumprimento de tal mandato os estatutos da comunidade do monte sinalan a Xunta Xeral como órgano encargado de decidi-la perda total ou parcial de dereito por parte dalgún dos comuneiros, non é menos certo que a atribución ou perda de tal condición ou dereito non pode quedar ó simple arbitrio da maioría da Asemblea sen máis, como se pretende, senón que o acordo ten que ser fundado en causas legais ou estatutarias e decidido coas garantías suficientes, de maneira que non se infrinxa o disposto no artigo 3.1 da lei". Por iso, para a validez dos acordos sociais polos que se conveña a perda da condición de comuneiro a sentenza conclúe que "cando menos, deben tales acordos sociais establecerse sobre a base da perda dalgunha das circunstancias sinaladas no artigo 3.1 da lei: veciño titular dunha unidade económica, con casa aberta e residencia habitual na poboación á que estivese adscrito o aproveitamento do monte, e exercese algunha actividade, segundo o uso ou costume, relacionada con el".

quirida cos requisitos do artigo 14 CC nin tan sequera cunha veciñanza administrativa²¹ senón, como indica Cores Trasmonte²², cunha "veciñanza fáctica", sen outra consideración de tipo formal que constituír "residencia habitual" como di o artigo 3.1 da Lei 13/1989 para o que, e o mesmo có domicilio do artigo 40 CC, non se esixe pola lei un mínimo de tempo de vinculación co lugar senón só fixar nel, con vocación de permanencia, o centro de tódalas actividades persoais e familiares, o que implica a tradicional expresión de ter "casa aberta e con fume" que recupera o artigo 14 da Lei 4/1995, é dicir, vivir realmente na comunidade titular do monte, concepto aínda así indefinido pero que permite perfectamente, e como indica García Caridad, atribuírle a condición de veciño sen prexuízo de non ser propietario das terras ou da casa na que vive²³ e, pola súa vez, excluír da comunidade veciñal non só os supostos de segunda vivenda, senón os simples residentes ou empadroados.

Por outra parte, ó meu modo de ver, non basta con ter "casa aberta e con fumes" para integrarse na comunidade veciñal pois o artigo 3.1 da Lei 13/1989, a diferenza do artigo 1 da Lei estatal 55/1980, esixe que os titulares de unidades económicas "veñan exercendo, segundo os usos e costumes da comunidade, algunhas actividades relacionadas con aqueles" o que implica que aínda que tal esixencia non se identifique coa condición dunha actividade agraria exclusiva nin coa condición de profesional da agricultura²⁴, se polo menos ha de desenvolverse unha actividade en relación co aproveitamento do monte, e non calquera actividade senón algunha das que corresponda co aproveitamento tradicional deste segundo os usos e costumes da comunidade, requisitos todos eles que, aínda que aparentemente restrictivos, non teñen outra finalidade que, dado o desenvolvemento actual da vida rural en Galicia, evitar a irrogación de dereitos e a integración na comunidade veciñal coa participación nos seus beneficios económicos xeralmente relacionados coa corta e coa venda de madeira, por parte dos que, aínda tendo residencia habitual e domicilio familiar no lugar ou parroquia, sen embargo non exercen ningunha actividade agraria ou gandeira²⁵.

Por último, dentro do respecto ós criterios básicos establecidos pola lei e o regulamento, a comunidade veciñal a través dos seus estatutos (art. 16) pode perfilar e matizar en cada caso os requisitos esixidos para adquirirla condición de veciño, pero sen poder prescindir da necesidade de ter a residencia habitual dentro do núcleo de poboación titular do monte. A Sentencia do 16 de xaneiro de 1995, A.P. Lugo (RXG 1995, 2) considera

²¹ De acordo co art. 53.4 do Real Decreto 1690/1986, do 11 de xullo, polo que se aproba o regulamento de poboación e demarcación territorial das entidades locais, "son veciños os españois maiores de idade que residan habitualmente no municipio e figuren inscritos con tal carácter no padrón".

²² "A condición política de galego", en *Estudios sobre o Estatuto galego*, Santiago, 1991, páxs. 141 e segs.

²³ "Comentarios ós arts. 88 y 89... cit.", páx. 223.

²⁴ En sentido contrario parece pronunciarse MOURE MARINO, "Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia, Comentario ó título III: Dereitos reais", en *dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995, do 24 de maio)*, Asociación Revista Xurídica Galega, Vigo, 1996, páx. 132. Segundo o art. 2.5 da Lei 19/1995, do 4 de xullo, de modernización das explotacións agrarias, é profesional da agricultura a persoa física que sendo titular dunha explotación agraria, polo menos, o 50% da súa renda total a obteña de actividades agrarias ou doutras actividades complementarias, sempre e cando a parte procedente directamente da actividade agraria realizada na súa explotación non sexa inferior ó 25% da súa renda total e o tempo de traballo dedicado ás actividades agrarias ou complementarias sexa superior á metade do seu tempo de traballo total.

²⁵ Para RAPOSO ARCEO, "Los montes vecinales en mano común... cit.", páxs. 22-23, ante a pregunta de se é necesaria a profesionalidade agraria do titular do monte considera que a resposta debe ser negativa, pola participación consuetudinaria de persoas pertencentes a profesións alleas ó dito ámbito nos mesmos. Apóiase no rexeitamento da emenda do grupo par-

lamentario comunista na tramitación da Lei 55/1980, que propoñía engadirlle ó seu art. 1, cando alude á condición de veciños, a expresión “que se dediquen de forma directa á actividade agraria”. De tódalas maneiras o propio autor recoñece que a referencia que se fai no art. 3.2 da Lei 13/1989 a que os veciños dos montes veñan realizando “...algunha actividade relacionada con eles” parece suscitar dúbidas á desvinculación realizada pola Lei 55/1980.

²⁶ No caso resolto pola citada Sentencia do 16 de xaneiro de 1995, A.P. Lugo, os estatutos da comunidade veciñal establecían que a condición de veciño viría determinada polo feito de ter casa aberta no lugar, con residencia mínima de tres anos, realizando no lugar os actos fundamentais da vida, e con permanencia mínima de dez meses cada ano, aínda que cabe a posibilidade de que, sendo residente, desenvolva o seu traballo fóra da parroquia. Neste suposto é requisito a realización dos actos fundamentais da vida no lugar, norma que a sentenzia considera plenamente axustada á lei e ó regulamento, non así á reforma estatutaria que permitía escusarlle o requisito da residencia, polo período dun ano prorrogable ata catro, ó comuneiro que por razóns xustificadas de traballo, enfermidade ou causa maior se tivese que ausentar do seu domicilio habitual. Nos montes en man común existe unha comunidade veciñal que é a propietaria do monte “pero esa comunidade –di a sentenzia– non existe, como ocorre nas comunidades de bens, polo simple feito de que varias persoas sexan conxuntamente propietarias da mesma cousa, con independencia do lugar en que habitan ou das relacións que entre si manteñan, senón que, ademais da identidade do obxecto, o monte, ten que

nulo calquera acordo que en tal sentido poida adoptar-la Asemblea Xeral e é discutible, se cabe, esixir un mínimo de anos de residencia aínda que a lei non o estableza²⁶.

2. A protección dos montes en man común: a súa inalienabilidade e excepcións

Existe unha certa unanimidade, tanto no ámbito doutrinal como xurisprudencial en cualifica-los montes veciñais en man común como unha comunidade xermánica, na que, como di o RDGRN do 8 de xullo de 1993, os copropietarios forman unha colectividade á que pertencen a cousa ou dereito, sen que lle corresponda, a ningún dos que a integran, unha cota ideal ou real sobre aquela. Neste sentido, os artigos 1 e 3.1 da Lei 13/1989, recordan que os montes en man común son de natureza privada e colectiva resalta que sempre se trata dunha comunidade “sen asignación de cotas” o que supón, como indica Raposo Arceo, a inalienabilidade dos dereitos que lles corresponden ós comuneiros, o que determina a súa intransmisibilidade de modo que á morte do titular a súa parte non pasa ós herdeiros senón que acrecenta os copartícipes²⁷ e, sobre todo, a inexistencia da acción de división; de maneira que, como di o artigo 2, os montes en man común son bens sempre indivisibles de dereito pero tamén de feito, no sentido de que a Lei 13/1989, no seu artigo 22, aínda que permite a parcelación do monte para o seu aproveitamento individual polos copartícipes para usos gandeiros ou agrícolas, en todo caso só poida afectar a parte do mesmo, por un período máximo de 11 anos e sempre con rotación sen que ningún comuneiro poida volver aproveitar individualmente a mesma parcela aproveitada en exclusiva no período anterior.

Por outra parte, e sen prexuízo das funcións encomendadas nos artigos 25 e seguintes á Consellería de Agricultura de protección dos montes veciñais en man común, a propia Lei 13/1989, no seu artigo 2 decláraos, os propios montes, inalienables, imprescritibles e inembargables.

haber unha pluralidade de persoas que teñan unha condición especial, a de ter casa aberta e residencia habitual nas entidades de poboación nas que tradicionalmente está adscrito o seu aproveitamento, coa inevitable consecuencia de que se alguén non reside alí, carece radicalmente da posibilidade de ser membro da comunidade de veciños pois só un veciño, é dicir, un residente, está na situación que xustifica a súa pertenza á comunidade, e así está esixido inmediata e inexorablemente pola natureza desta clase de propiedade”. Esta sentenzia foi confirmada pola do 28 de marzo de 1996, TSXG (RXG 1996, 42) que, non obstante, afirma, en contra do sustentado pola Audiencia, que fixar un prazo de tres anos de residencia como mínimo para alcanzar-la condición de veciño é nula por desmesurada e contraria á lei.

²⁷ “Los montes vecinales en mano común...” *cit.*, páx. 24.

A inalienabilidade do monte supón que non pode ser alleado nin gravado, nin voluntariamente nin como consecuencia dun procedemento de execución forzosa, para o que se limita tal posibilidade no artigo 21 só ós aproveitamentos, en tal caso a execución só se poderá dirixir contra os aproveitamentos ou rendas que se puidesen derivar da súa cesión efectuada nos termos previstos na lei. Agora ben, a Lei galega, seguindo o modelo da Lei estatal 55/1980, aínda que con algunhas diferencias, configura importantes excepcións.

A) No artigo 8 permíttese, cando razóns de utilidade ou de interese social da comunidade propietaria o aconsellen, que esta, dando conta ó Xurado Provincial de Clasificación, poida permutar terreos integrantes do monte por outros terreos limítrofes que sexan de valor similar, o que non constitúe senón un acto de alleamento. Non parece que a necesidade de comunicación ó Xurado Provincial de Clasificación implique a necesidade da súa autorización, sen prexuízo da eventual intervención da Consellería de Agricultura dentro das súas funcións atribuídas polo artigo 25 da lei de velar pola integridade do monte veciñal²⁸ e, en todo caso, o alleamento só pode ser parcial (“... permutar terreos integrantes dos montes veciñais en man común”) ó non esixirse no artigo 8, a diferenza do artigo 2.2 da Lei estatal 55/1980, que a permuta sexa con terreos integrados noutro monte veciñal lindante, nin sequera que teña que ser monte, sendo suficiente que sexan limítrofes e de valor similar sen prexuízo de que, salvo que se pretendese abrir unha vía de fraude á inalienabilidade do artigo 2, deba sosterse que como mínimo os terreos permutados terán que ser de natureza rústica, aptos para o seu aproveitamento agrícola ou gandeiro. Como a permuta constitúe un acto de disposición, aínda que o artigo 8 non o especifique como para outros actos se fai no artigo 5, requirírase o acordo da Asemblea Xeral nos termos esixidos no artigo 18.1.

B) Segundo o artigo 5, os montes en man común, a pesar da inalienabilidade, poderán ser obxecto de cesión temporal, en todo ou en parte, a título oneroso ou gratuíto, tralo informe da Consellería de Agricultura, Gandería e Montes (art. 5 do regulamento) para obras, instalacións, explotacións de diversa índole, servicios ou outros fins que redunden de modo principal en beneficio directo da comunidade de veciños sempre que de tal cesión, engade o artigo 5 do regulamento, se derive un ben público ou social ou que redunde de modo principal en beneficio dos veciños. Non se sinala na Lei 13/1989, un prazo máximo para a cesión nin a forma en que esta pode producirse, se

²⁸ Neste sentido o artigo 9.1 do regulamento considera que o establecemento das permutas esixirá o informe favorable da Consellería de Agricultura, Gandería e Montes sobre a similitude do valor dos terreos permutados e a proximidade dos terreos que se vaian permutar.

a través da constitución dun dereito real limitado de uso e gozo ou soamente a través dun vínculo obrigacional. En principio a constitución dun dereito real, como usufructo temporal "para explotacións de diversa índole" chocaría coa imposibilidade de grava-lo monte en man común pero xustamente o artigo 5 constitúe unha excepción á regra xeral do artigo 2 e sen que, por outra parte e ó meu modo de ver, sexa argumento en contra que o artigo 7 regule como único dereito real posible o dereito de superficie temporal, pois os artigos 5 e 7 móvense en ámbitos diferentes: aquel para actuacións que redunden sempre en beneficio principal e directo da comunidade, o que non exclúe o beneficio do cesionario pero secundario, este en beneficio do superficiario, sen prexuízo da contraprestación a favor da comunidade.

En canto ó tempo da duración da cesión, o artigo 5 establece que, como regra xeral, ha de ser temporal, e xorde como posible a dúbida, na lei, de se é aplicable o prazo máximo de 30 anos establecido para o dereito de superficie no art. 7. A resposta pode ser negativa, pois, como se dixo, a cesión é neste caso en beneficio da comunidade e iso sen prexuízo de entender que, en todo caso, a duración da cesión non pode alcanzar prazos que, atendida a súa finalidade e circunstancias concretas, poidan considerarse unha fraude ó artigo 2 de maneira que non caben as cesións que de feito se convertan en definitivas ou indefinidas. Sen embargo, o artigo 5 do regulamento establece expresamente que a cesión non poderá establecerse por un prazo superior ós 30 anos se é en favor de particulares, salvo se a cesión se produce a través dun contrato de arrendamento total ou parcial do monte, en tal caso, segundo establece o artigo 10 do regulamento, a duración da cesión será a pactada entre as partes, prorrogable por mutuo acordo entre a comunidade veciñal e o arrendatario pero sen que o período contractual e as súas prórrogas voluntarias poidan ser superiores ó de 11 anos quedando en propiedade da comunidade, ó remate do contrato, tódalas melloras e instalacións que se poidan derivar do arrendamento sen compensación ningunha para o arrendatario²⁹.

Por último, tanto a lei como o regulamento, admiten, en excepción que non existe no artigo 3.1 da Lei estatal 55/1980, a cesión temporal pero indefinida realizada en favor de calquera das administracións públicas cando sexa destinada a equipamentos en beneficio da comunidade veciñal, e en tanto se mantén o fin para o que se fixo a cesión.

En todo caso a cesión prevista no artigo 5 deberá realizala a Asemblea Xeral para o que se require convocatoria expresa e o

²⁹ Segundo o artigo 10.1 do regulamento os arrendamentos dos montes en man común quedarán sometidos ás disposicións do Código civil e, polo tanto, excluídos da Lei 83/1980, do 31 de decembro, de arrendamentos rústicos. Sen embargo, dada a actual regulación nos artigos 35 e seguintes da Lei 4/1995 dos arrendamentos rústicos, entre os que se encontran as leiras rústicas "no seu destino agrícola, pecuario ou forestal", cabería entender que a remisión á lexislación estatal, producida nun momento de inexistencia de lexislación propia, actualmente debe interpretarse á Lei 4/1995.

voto favorable da maioría dos presentes que represente polo menos o 50% do censo de comuneiros en primeira convocatoria e o 30% na segunda (art. 18.1).

c) De acordo co artigo 7.1 da Lei 13/1989, a comunidade de propietarios poderá establecer dereitos de superficie sobre o monte en man común, na súa totalidade ou só nunha parte ou partes³⁰. Nada se especifica sobre quen debe adoptalo acordo nin a maioría necesaria para establecer un dereito de superficie sobre o monte veciñal pero, na miña opinión, aínda que non sexa estrictamente falando un acto de disposición, parece que é de aplicación o artigo 18.1 tanto porque o dereito de superficie se pode cualificar para estes efectos de gravame como, sobre todo, por aplicación analóxica do establecido nos artigos 5 e 6.2 que someten ás prescricións do artigo 18.1 aqueles actos que supoñen unha excepción ó principio xeral de imposibilidade de alleamento e gravame dos montes veciñais en man común.

O dereito de superficie deberá formalizarse, segundo o artigo 7.2, con carácter constitutivo, en escritura pública e inscribirse no Rexistro da Propiedade o que supón o cumprimento dos requisitos establecidos no artigo 16 RH, isto é:

1. O prazo de duración do dereito de superficie, en que se ben o artigo 3.3 da Lei estatal 55/1980 non distingue entre diversos supostos establece un prazo máximo xeral de 30 anos. O artigo 7.1 da Lei 13/1989 considera tres tipos de dereitos de superficie atendendo á súa finalidade:

- Os destinados a instalacións ou edificacións, ata un prazo máximo de 30 anos.
- Os destinados a cultivos agrícolas, ata un prazo máximo de 10 anos, sendo necesario para concertalo, segundo o artigo 8.1 b) do regulamento, autorización da Dirección Xeral de Montes e Medio Ambiente Natural cando supoña cambio de masa forestal a produción agraria.
- No caso de aproveitamentos forestais de arborizado non se poderá establecer por prazos superiores ós correspondentes a unha única quenda da especie plantada nin para outra clase de aproveitamento que o da corta do arborizado plantado. O artigo 10.1 c) do regulamento esixe que necesariamente terá que fixarse o número de anos máximo, no que se deberá proceder á corta do arborizado.

Antes de caducar o prazo para o que foi establecido, a comunidade veciñal e o superficiario poderán prorrogalo dereito sen supera-los límites temporais citados (art. 10.4 do regulamento) e a súa extinción, tal e como establece o artigo 7.1 da lei, a propiedade de todo o edificado ou plantado pasará á co-

³⁰ Conforme ó artigo 7.3 "se o dereito de superficie afectase só a unha parte do monte veciñal, deberase practicala correspondente delimitación para os efectos de inscrición daquel dereito".

munidade sen indemnización ningunha e sen que, ó meu modo de ver, poida pactarse nada en contra nin en canto a establecer ningún tipo de indemnización nin unha reversión parcial.

2. Determinación do canon ou do prezo que teña que satisfacer o superficiario, se o dereito se constitúe a título oneroso. Nada específica o artigo 7.1 da lei nin o artigo 10 do regulamento sobre este extremo, co cal pode formularse, se cabe, a constitución do dereito de superficie sobre un monte en man común a título gratuito. Unha resposta positiva podería sustentarse na aplicación analóxica do establecido no artigo 5, que permite a cesión a título oneroso ou gratuito. Sen embargo, ó meu modo de ver, a posibilidade de cesión a título gratuito fundáméntase no artigo 5 en que tal cesión sempre redunda de maneira principal en beneficio directo da comunidade, o que non sucede no artigo 7, que o é en beneficio de terceiro, aínda que poida ser un propio comuneiro, e por iso parece que a constitución do dereito de superficie haberá de ser a título oneroso tal e como se configura no artigo 3.5 da Lei estatal 55/1980.

3. No caso do dereito de superficie constituído para edificacións, o prazo sinalado para a realización destas non poderá exceder de 5 anos; as súas características xerais, destino e custo do orzamento.

4. Pactos relativos ós actos de disposición polo superficiario. Segundo o artigo 7.2 da lei, o dereito de superficie será transmisible e susceptible de gravame sen prexuízo de que tal disposición legal non se configure por dereito imperativo, polo que haberá que estar ó disposto na escritura de constitución. En todo caso, a extinción do dereito de superficie, por transcurso do prazo, implicará a de toda clase de dereitos reais ou persoais impostos polo superficiario (art. 8.4 do regulamento) salvo que a extinción se produza por reunirse na comunidade veciñal o dereito de propiedade do solo e o dereito de superficie. En tal caso as cargas que recaesen sobre un e outro dereito continuarán gravándoos separadamente (art. 8.5 do regulamento).

5. No seu caso, as garantías de carácter real con que se asegure o cumprimento dos pactos do contrato.

Segundo o artigo 7.2, dentro dos límites impostos pola lei, o dereito de superficie rexerase polo disposto no título constitutivo do dereito e, subsidiariamente, polas normas de dereito privado.

D) O artigo 6.1 da lei considera a expropiación forzosa do monte e a imposición de servidumes sobre o monte en man común por causa de utilidade pública ou de interese social prevalente

ó dos propios montes veciñais³¹, en tal caso, segundo o artigo 6.2, o importe das cantidades aboadas pola expropiación ou servidume deberá destinarse á mellora do monte ou ó establecemento de obras ou servicios de interese xeral para a comunidade de veciños propietarios e, se iso non é posible, sen que na Lei estatal 55/1980 se considere tal alternativa, repartirase entre os comuneiros, de acordo co previsto nos estatutos ou, no seu defecto, acorde a maioría prevista no artigo 18.1.

E) Segundo o artigo 11 do regulamento, en determinados supostos, o monte pode ser sometido a concentración parcelaria co que iso implica de acto de disposición, pero especificando que, en todo caso, á finalización do expediente, se deberá respecta-la superficie total inicial e a capacidade productiva do monte.

Por último, o artigo 58 do Regulamento impón que tódolos actos de cesión ou disposición se formalicen sempre en escritura pública, para o que é preciso remitirle a mesma ó Rexistro Provincial de Montes en Man Común xunto coas correspondentes licencias de obra dos concesionarios, arrendatarios ou titulares de dereitos de superficie.

3. A imprescritibilidade dos montes en man común: os problemas de dereito transitorio

O artigo 2 declara os montes en man común como imprescritibles nunha clara medida de protección destes³², o que implica que os particulares non poden adquiri-los montes en man común, nin en todo nin en parte, a través da prescrición adquisitiva e cabe a dúbida de se só se impide esta forma de adquisición por usucapión, en último termo implícita en toda transmisión do dominio se se analiza a titularidade do transmitente, ou se tamén comprende e afecta ó terceiro hipotecario amparado polo artigo 34 LH e ás adquisicións *a non domino*, cuestión directamente relacionada coa clasificación do monte e a súa inscrición no Rexistro da Propiedade sobre a que se volverá posteriormente, se ben pode xa indicarse que a Lei 13/1989 garda silencio sobre este punto mentres que o artigo 12 da Lei estatal 55/1980 establece que "non será obstáculo para a clasificación dos montes como veciñais en man común a circunstancia de atoparse incluídos en catálogos, inventarios ou rexistros públicos con asignación de diferente titularidade, salvo que os asentos se practicasen en virtude de sentenza dictada en xuízo declarativo", norma que se reproduce no artigo 27 do regulamento galego, polo que excepcióna exclusivamente os supostos en que a inscrición se practicasen en virtude de sentenza que

³¹ Sobre a expropiación forzosa *vid.*, artigo 6 do regulamento e sobre as servidumes artigo 7 do mesmo. É de resaltar como no artigo 6.1 da lei para a imposición de servidumes require a concorrencia dunha causa de utilidade pública ou de interese social prevalente ó dos propios montes veciñais para que sexa posible a súa imposición de maneira que, ante tales circunstancias extraordinarias, se concibe como unha excepción á norma xeral de imposibilidade de grava-lo monte e si só os seus rendementos (art. 21.3 da lei). Sen embargo, o artigo 7 do regulamento parece admiti-la imposición de servidumes sempre "que se acredite a súa compatibilidade co fin e a utilidade pública que cualifica o monte". Por outra parte, o mesmo artigo 7 do regulamento considera unha figura adicional, a "ocupación do monte", para o que se require imprescindiblemente o consentimento da comunidade veciñal.

³² Sinala CORES TRASMUNTE, "As comunidades e a Lei 4/1995, de dereito civil de Galicia... *cit.*", páxs. 116-117, como a imprescritibilidade, se ben se predica como un privilexio dos bens de dominio público, de maneira que no perden a súa natureza pola atribución particular que se faga deles sen a necesaria desafectación, esténdese tamén a outros bens de natureza privada como os montes veciñais en man común á vista do recoñecemento das súas funcións sociais e do interese público que representan.

³³ Non obstante esta sentenza desestima a demanda interposta pola comunidade veciñal contra un comuneiro que viña aproveitando en exclusiva, antes da clasificación do monte, parte do mesmo, pois declarando que en ningún caso adquiriu un dereito a un aproveitamento exclusivo por impedi-lo a idea básica de igualdade de tódolos comuneiros na comunidade veciñal, sen embargo aprecia a existencia de litisconsorcio pasivo necesario respecto doutros comuneiros que se encontraban na mesma situación e que non foran demandados, tamén con base no principio de igualdade ó non ser defendible que, privado do aproveitamento exclusivo, el mesmo tivese que demandar posteriormente os outros ó non facelo xa a comunidade veciñal. *Vid.*, o comentario a esta sentenza de RAPOSO PÉREZ, en *RXG* 1995, núm. 10, páxs. 213 e segs. quen, con acerto, critica o razoamento da sentenza con base na doutrina xurisprudencial de que o principio de igualdade o é na lei e na aplicación da lei, pero non fóra dela. Esta sentenza foi casada pola do 2 de xaneiro de 1996 TSXG (*RXG* 1996, 1) que estima a demanda entendendo que non existe litisconsorcio pasivo necesario cos demais comuneiros infractores e que o restablecemento da legalidade debe ser inmediato sen prexuízo das accións futuras contra os demais.

³⁴ "Comentarios ós arts. 88 e 89... *cit.*", páxs. 221-222.

³⁵ "Los montes vecinales en mano común..." *cit.*, pág. 25.

impediría a clasificación do monte aínda que, na miña opinión, non o exercicio das accións pertinentes polos pretendidos comuneiros ante a xurisdicción ordinaria a salvo coa excepción da cousa xulgada imposta polo artigo 1252 CC referida a que en anterior litixio concluído por sentenza firme existise pronunciamiento sobre a cualificación xurídica do monte.

Partindo de que a imprescritibilidade non só é predicable sobre a titularidade do monte senón tamén, e como sostén a Sentencia do 21 de xuño de 1995, A.P. Lugo (*RXG* 1995, 191), dos propios aproveitamentos aínda iniciados antes da clasificación do monte³³, para García Caridad a nota de imprescritibilidade hai que entendela referida ós membros integrantes da comunidade e fronte a esta, mentres aqueles posúan tal carácter de comuneiros xa que nos demais supostos a prescrición do dominio en favor doutra persoa pode provoca-la perda do mesmo para a comunidade veciñal, como sucede para todo tipo de montes, incluso os públicos³⁴. Sen embargo, e como acertadamente indica Raposo Arceo³⁵, á luz da Lei estatal 55/1980 e da Lei 13/1989 esta tese non é admisible xa que a imprescritibilidade é predicable non soamente respecto dos titulares do monte, senón tamén incluso fronte a terceiros, e aínda no caso de desaparición da comunidade veciñal. Neste caso o monte veciñal en man común conserva o seu carácter de imprescritible e a Consellería de Agricultura é a que o xestiona. Por iso non é posible a adquisición por prescrición en favor dun ou varios comuneiros, nin a título particular nin, no caso resolto pola sentenza do 30 de outubro de 1991, A.P. Pontevedra, Sección 1ª (*RXG* 1992, 52), para unha comunidade veciñal máis restrinxida ou intracomunitaria integrada soamente por algún dos seus titulares pois, como di a mencionada sentenza, non é de ningún xeito admisible a posibilidade de que uns veciños, grupo de habitantes dun lugar adquiren por prescrición e para a súa propia comunidade veciñal unha parte do monte veciñal, dado o carácter de imprescritibilidade dos montes que teñen a condición de veciñais en man común.

Cuestión distinta, sen embargo, é a posible prescrición da acción que poida desempeñar o veciño ou grupo de veciños contra a comunidade veciñal para que se lles recoñeza o seu dereito a seren considerados comuneiros por concorreren neles os requisitos que esixen os artigos 3.1 da Lei 13/1989, e 4 do regulamento, pois neste caso non se trata da prescrición adquisitiva do monte por particulares senón da prescrición extintiva dunha acción para formar parte da comunidade veciñal, acción que, segundo a sentenza do 20 de outubro de 1992, TSXG (*RXG*

1992, 393) si está sometida ó réxime do artigo 1963 CC aínda que no caso concreto non estima que transcorrese o prazo de 30 anos sinalado por tal norma³⁶.

O principal problema que formula a imprescritibilidade dos montes en man común é o da súa aplicación retroactiva a situacións anteriores e consolidadas á entrada en vigor do artigo 89 da Compilación de 1963, na que por primeira vez se lles reconece tal característica xurídica ós montes veciñais en man común, e se ben na Lei 52/1968, se admitía a usucapión consumada, á luz da Lei 55/1980, prevaleceu unha interpretación a favor da súa aplicación retroactiva³⁷ de maneira que, como se dirá a continuación, fronte á clasificación do monte non cabe opoñer adquisicións consolidadas de dominio, en último termo inexistentes en dereito.

Neste sentido pronúnciase a Sentencia do Tribunal Supremo do 26 de febreiro de 1990, Sala 3ª, (*Arzdi*. 1990, 878) que confirma a Sentencia do 15 de xuño de 1987 da daquela sala do contencioso-administrativo da Audiencia Territorial da Coruña na que se afirmaba que:

“O carácter de imprescritibles, que o artigo 2 da Lei 55/1980 lles atribúe a estes bens impide que poidan ser obxecto de usucapión, sendo esta imprescritibilidade de eficacia retroactiva, como se deduce da comparación dos artigos 12 da citada lei e 1.2 da anterior 52/68, pois mentres nesta se establecía que non sería obstáculo para a cualidade de montes en man común a inclusión dos mesmos en catálogos, inventarios ou rexistros públicos con asignación de diferente titularidade, sempre que tales actos formais non fosen acompañados dun cambio real e efectivo na posesión durante o tempo necesario para gañalo dominio por prescripción ou as inscricións se producisen en exe-

³⁶ Sobre as accións para o recoñecemento da condición de veciño membro da comunidade veciñal *vid.*, a sentenza do 21 de xullo de 1993, A. P. Lugo (*RXG* 1993, 184) con ocasión do exercicio dunha acción interdictal con tal finalidade. É de recordar que a disposición adicional 3ª da Lei 13/1989, na que se establece que tódolos procedementos, salvo o de clasificación, os substanciará o trámite dos incidentes, foi obxecto de recurso de inconstitucionalidade núm. 170/1990, admitido a trámite por providencia do 29 de xaneiro de 1990 ratificada por auto do 3 de xullo de 1990, suspendéndose a vixencia e aplicación da referida disposición, polo que, en xeral, e excepto litixios con contía económica determinada á que haberá que estar, os procedementos terán que instarse a través do declarativo de menor contía. *Vid.*, Sentencia do 15 de xuño de 1995, A. P. A Coruña, Sección 2ª (*RXG* 1995, 132).

³⁷ Sinalaba ABRAIRA LÓPEZ, *El derecho foral gallego. Estudio crítico de la Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia*, Santiago de Compostela, 1970, páxs. 84-85, que resulta estraño que respecto destas cualidades esenciais dos montes veciñais en man común se fale de irretroactividade, porque o precepto é por esencia retroactivo xa que sendo o seu obxecto os montes tradicionalmente posuídos polos veciños, as cualidades asignadas no art. 89, só poden referirse ás anteriores relacións xurídicas, únicas posibles”.

cución de sentenza, dictada no xuízo declarativo correspondente, a lei vixente, en mandato coincidente suprime a excepción da prescrición o que revela que non se admite como feito que puidese extinguir-lo dereito dos veciños do grupo comunitario de que se trate. A idéntica conclusión conduce a disposición final 3ª da vixente lei que declara inexistentes en dereito os negocios xurídicos realizados sen intervención da comunidade titular do monte antes da entrada en vigor da lei ou da clasificación do monte, con algunhas excepcións entre as que non se encontran as transmisións de dominio”.³⁸

4. A clasificación do monte veciñal e os seus efectos

Sen prexuízo das críticas realizadas á propia existencia e composición dos propios xurados provinciais de montes³⁹ é certo que tanto a Lei 13/1989, como o regulamento os manteñen e, deixando á parte os aspectos puramente procedementais de carácter administrativo, regulados con certa minuciosidade nos artigos 13 e seguintes do regulamento, parece oportuno centrarse nos efectos que, fundamentalmente respecto dos terceiros, produce a existencia do propio expediente de clasificación como a resolución que lle pon fin ó mesmo, partindo da idea de que a práctica acredita que os problemas máis importantes xorden cando terreos que integran o monte veciñal aparecen posuídos a título de dono polos particulares ou concellos, incluso con inscricións rexistras ó seu favor.

O inicio do expediente de clasificación supón darlle publicidade oficial mediante a publicación do acordo no *Diario Oficial de Galicia* así como de edictos nos lugares públicos de costume e nos asentamentos da comunidade veciñal interesada (art. 11.3 da lei e 23.2 do regulamento) e iso para os efectos de ser oídos todos cantos resulten interesados no expediente, para o que se establece no artigo 21 do regulamento a necesidade de solicitar certificación do Rexistro da Propiedade dos asentos que poidan afectar ós terreos en cuestión⁴⁰, fundamentalmente para a acreditación das persoas, ó favor das cales se encontre inscrito calquera título referente ó monte ós que se lle deberá notificar

³⁸ Dende o meu punto de vista os montes veciñais en man común poden ser cualificados como *res extracomercium*, no mesmo sentido en que a Sentencia do 6 de xullo de 1988, TS, Sala 1ª (Arzdi. 1988, 5557) cualifica a zona marítimo-terrestre. *Vid.*, non obstante a Sentencia do 18 de novembro de 1996 (AC 1997, 226) que estrañamente parece admitir a usucapión antes da cualificación polo Xurado Provincial.

³⁹ Para RAPOSO ARCEO, “Los montes vecinales en mano común... *cit.*”, pág. 27, é criticable a existencia dos xurados por constituíren unha institución, que no momento actual en que se recoñece de modo indubidable na lexislación vixente a titularidade privada destes montes e dado o carácter administrativo dos mesmos, non ten razón de ser e debería ser substituído por un órgano, ben sexa de natureza xurisdiccional, ben de natureza arbitral, que asumisen as funcións que hoxe teñen atribuídas estes xurados. Por outra parte na composición do Xurado Provincial concorre un claro protagonismo da Consellería de Agricultura, Gandería e Montes que configura o artigo 10 da lei 4 representantes dun total de 9.

⁴⁰ O artigo 21 que recibidos os datos ós que se refire o artigo 20 (antecedentes sobre o monte, descrición física, etc., remitidos polos servizos provinciais de montes), “solicitarase do Rexistro da Propiedade certificación dos asentos que poidan afectar ó terreo en cuestión, e que acredite o nome das persoas a favor das que estea inscrito, no que se exprese título de adquisición, liberdade de gravames ou cargas de calquera clase inscritas ou anotadas e que estean vixentes na actualidade, segundo os asentos; así mesmo, que certifique se algunha das ditas cargas foi obxecto de transmisión ou estivese afecta a algunha responsabilidade, e as limitacións de dominio e condicións ou accións resolutorias ou rescisorias que estean vixentes na actualidade”.

directamente a existencia do expediente de clasificación (art. 11.2 da lei e 23.1 b) do regulamento).

Recibida a certificación do Rexistro da Propiedade, se os terreos afectados se encontran inscritos a nome de terceiros, conforme ó artigo 27 do regulamento, que reitera a declaración do artigo 12 da Lei estatal 55/1980 ante a omisión da Lei 13/1989, iso non será obstáculo para continuar co procedemento de clasificación do monte, salvo que os asentos se practicasen en virtude de sentenza dictada en xuízo declarativo⁴¹ suposto no que, na miña opinión, o expediente se interromperá respecto dos terreos afectados sen prexuízo do que poida resultar do declarativo correspondente ante a xurisdicción civil⁴². Fóra deste caso, sobre os terreos que consten inscritos, practicarase anotación preventiva para facer constar a existencia do expediente de clasificación e que o terreo referido pode resultar afectado pola resolución final daquel (art. 23.1 e) do regulamento).

A iniciación do expediente e, no seu caso a anotación preventiva, supoñen xa os primeiros efectos que restrinxen de maneira substancial os dereitos dos que ata ese momento aparecen como titulares dos terreos integrados no monte sometido a clasificación. Por unha parte quedan en suspenso tódalas facultades de disposición e así, segundo o artigo 24 a) do regulamento, ningún terreo afectado polo expediente poderá ser obxecto de alleamento, división ou gravame ata que o Xurado Provincial dicte a oportuna resolución e, por outra, incluso as facultades de uso e gozo se ven restrinxidas pois, tal e como establece o artigo 24 b) do regulamento, tódolos beneficios netos obtidos dos aproveitamentos habidos no transcurso da tramitación do expediente deberán depositarse na Tesourería Xeral da Xunta de Galicia a resultas do que se obteña da clasificación, salvo acordo expreso noutro sentido entre a comunidade de veciños presuntamente titular do monte e o concello do municipio no que radique. É de resaltar que esta norma parece estar pensando exclusivamente en que sexa o concello quen irroque a titularidade dominical e non os particulares polo que neste caso, ó meu modo de ver, o acordo para darlles ós aproveitamentos outro destino que non sexa o depósito administrativo deberá ser entre a comunidade veciñal e quen apareza como titular.

Por outra parte, nada se especifica no regulamento sobre a administración dos terreos afectados polo expediente de clasificación pois, se ben se expresa o destino dos rendementos netos, nada se di sobre a súa obtención. Cabería pensar que a xestión durante o procedemento de clasificación lle corresponde á Xunta Provisional á que se refire o artigo 19 da lei pero é de ter en

⁴¹ "Non será obstáculo para a clasificación dun monte como veciñal en man común o feito de estar incluído nalgún catálogo, inventario ou rexistro público con asignación de diferente titularidade, salvo que os asentos se practicasen en virtude de sentenza dictada en xuízo declarativo".

⁴² Non obstante, e segundo se deduce da disposición adicional 1ª da Lei 13/1989, parece posible chegar á resolución definitiva do Xurado Provincial aínda que en tal caso non se poderían rectificar as inscricións contradictorias. Sen embargo, dende o meu punto de vista, a continuidade do expediente produciría efectos moi perturbadores pois segundo o artigo 13 a) estaríase-lle atribuíndo a propiedade á comunidade veciñal mentres que o Rexistro da Propiedade publicaría unha titularidade diversa.

conta que, segundo o artigo 33 do regulamento, a mesma só se constitúe unha vez asine a clasificación do monte como veciñal en man común e, ademais, non todo expediente de clasificación acaba necesariamente coa súa declaración de monte en man común polo que, na miña opinión, a comunidade veciñal ou simplemente os veciños que nun futuro haberán de integrala, carecen de facultades de administración dos terreos afectados polo que a mesma continuará nos seus titulares ou correspondéndolle á Consellería de Agricultura tales funcións por aplicación analóxica do artigo 27 a) da lei. Unha vez firme a resolución de clasificación como monte veciñal en man común, non antes de alcanza-la dita firmeza, as cantidades depositadas entregaránselle á comunidade veciñal pois, como di a continuación, tal declaración ten o efecto de atribuírle a aquela a propiedade do monte mentres non exista sentenza firme en contra dictada pola xurisdicción ordinaria.

A resolución non firme pola que se clasifique un monte como veciñal en man común será obxecto de anotación preventiva no Rexistro da Propiedade (art. 11.5 da lei e 28 do regulamento), notificada ós interesados no expediente e publicada no *Diario Oficial de Galicia*, e pódese interpoñer contra ela recurso de reposición (art. 12 da lei), posibilidade que haberá de entenderse subsistente de acordo co artigo 107.2 da Lei 30/1992, do 26 de novembro.

Respecto dos efectos da resolución firme de clasificación dun monte como veciñal en man común, a regulación legal é certamente complexa e fonte de dúbidas interpretativas, sobre todo en canto á súa eficacia en relación co Rexistro da Propiedade.

En primeiro lugar, e segundo o artigo 13 a) da Lei 13/1989⁴³, a resolución firme atribúelle a propiedade á comunidade veciñal que corresponda, en tanto non exista sentenza firme en contra, dictada pola xurisdicción ordinaria. Como sinala Raposo Arceo⁴⁴ encontrámonos ante unha duplicidade de xurisdiccións, porque ó ser, a resolución de clasificación, un acto administrativo cabe a súa revisión, tralo recurso de reposición ante o propio xurado, ante a xurisdicción contencioso-administrativa, tal e como recolle o propio artigo 12 da Lei 13/1989. En tal recurso contencioso, ademais de cuestións de procedemento, a instancia dos terceiros afectados pola clasificación, como din as sentencias do 7 de novembro de 1995, TS, Sala 3ª (Arzdi. 1995, 8454) e 14 de decembro de 1995, TS, Sala 3ª (Arzdi. 1995, 9468), só pode discutirse a cualidade ou non dos terreos como montes veciñais en man común nos requisitos establecidos no artigo 1 da Lei 13/1989, é dicir, se existiu ou non un

⁴³ Cómpre sinalar como o artigo 13 da Lei 13/1989 e, a disposición adicional 1ª, para os efectos da resolución firme de clasificación, citan expresamente o artigo 13 da Lei estatal 55/1980, o contido da cal, con algunhas modificacións, reitera, salvando así unha posible inconstitucionalidade ó regular temas rexistrados de inmatriculación, excluídos da competencia das comunidades autónomas no artigo 149.1.8 da Constitución.

⁴⁴ "Los montes vecinales en mano común..." cit., páx. 27.

aproveitamento consuetudinario en man común por parte das comunidades do monte que é o que fai procedente a súa clasificación, pero non cabe discutir cuestións referentes á confrontación de titularidades, e eventualmente de inscricións, para resolver a favor do titular de mellor dereito.

Por iso, calquera que sexa a sentenza, tal e como consideran os artigos. 13 a) da Lei 13/1989 e 13.1 da Lei estatal 55/1980, terá o valor de simple "presunción de titularidade" pois na xurisdicción ordinaria poderálse formular demanda sobre a titularidade dominical, ó resultado definitivo da cal haberá que aterse se ben, e en canto non recaia sentenza firme, a resolución do Xurado Provincial producirá tódolos seus efectos, atribuíndolle, ademais, as sentencias do 9 de marzo de 1993, TS, sala 3ª (Arzdi. 1993, 1628) e a citada do 14 de decembro de 1995, TS, sala 3ª (Arzdi. 1995, 9468), unha presunción *iuris tantum* de legalidade e acerto tanto polo principio de legalidade administrativa como pola composición, calidade e obxectividade dos membros dos xurados provinciais⁴⁵ o que haberá de terse en conta cando, ante a xurisdicción ordinaria, se impugne a clasificación efectuada como monte veciñal en man común.

A posibilidade de dobre xurisdicción tamén ten a súa importancia naqueles casos en que a resolución do Xurado Provincial, ou no seu caso a sentenza dictada na xurisdicción contencioso-administrativa, sexa contraria á clasificación do monte en que, recorda a Sentencia do 18 de xuño de 1991, v, sala 3ª (Arzdi. 1991, 4688) recaída en tal suposto, os pretendidos copropietarios poderán formula-la cuestión de propiedade e o carácter do monte na xurisdicción ordinaria se ben non como comunidade veciñal, a través dos seus órganos de representación, senón como calquera comuneiro pois, como di a sentenza do 10 de marzo de 1993, TSXG (RXG. 1993, 44) a Xunta Rectora e o seu presidente coas facultades de representación que lle concede o artigo 15.1 da Lei 13/1989 só existen trala clasificación do monte, desestimando, en consecuencia, a demanda presentada por un presidente en nome dunha comunidade veciñal inexistente.

Por último neste aspecto, a dobre xurisdicción administrativa e civil non supón que se encontren en ordenación sucesiva, é dicir, a imposibilidade de acudir en reclamación ante a xurisdicción ordinaria do carácter monte en man común duns terreos sen que previamente se tramitase o correspondente expediente ante o Xurado Provincial pois, como di a Sentencia do 29 de febreiro de 1996, TSXG (RXG 1993, 30) as cuestións de propiedade, tratándose dunha propiedade privada, son sempre

⁴⁵ Sen embargo ha de terse en conta a matización da Sentencia do 31 de xaneiro de 1989, sala 5ª (Arzdi. 1989, 407) cando afirma que se ben pode admitirse unha presunción de acerto a favor dos acordos dos xurados provinciais de Montes en Man Común, iso sempre sobre a base de que os mesmos se sustenten en feitos, se ben non indubidables, polo menos consistentes e certos e que apreciados illadamente ou en conxunto permitan razoablemente concluir na existencia de datos en que apoia-los seus acordos. Por outra parte, a Sentencia do 7 de novembro de 1995, sala 3ª (Arzdi. 1995, 8454) partindo da presunción de acerto e legalidade na resolución do Xurado Provincial reitera que pode quedar desvirtuada pola proba en contrario practicada.

competencia da xurisdicción ordinaria (arts. 13 a) da Lei 13/1989 e 30 a) do regulamento) de maneira que, para que unha acción declarativa ou reivindicatoria prospere, non se require que, previamente, o monte fose clasificado como veciñal polo Xurado Provincial.

En todo caso, e como din as sentencias do 30 de outubro de 1991 e 24 de febreiro de 1992, A.P. Pontevedra, sección 1ª (RXG 1992, 52 e 207), a resolución do Xurado Provincial non é constitutiva senón declarativa, é dicir, que a condición e o *status* do monte clasificado como monte veciñal en man común o tiña con anterioridade á clasificación do xurado, non dende o seu pronunciamento⁴⁶.

En segundo lugar, a resolución definitiva de clasificación serve de título inmatriculador suficiente para a inscrición do monte no Rexistro da Propiedade, inmatriculación que, caso de non constar previamente no rexistro non implica ningún problema pois, á vista do disposto no artigo 13.3 da Lei estatal 55/1980, e 31 do regulamento galego encontrámonos ante un suposto de inmatriculación por certificación de dominio (art. 206 LH). Agora ben, no caso de que os terreos se atopen inscritos a nome de terceiro, o acceso a rexistro non aparece nada claro cando se trata de particulares⁴⁷.

En efecto, no suposto de que figure titular da inscrición, como non deixa de ser frecuente, o concello, os problemas hipotecarios son de fácil solución. Segundo o artigo 29 c) do regulamento, por firme que sexa a resolución de clasificación, o xurado trasladaralle a certificación do acordo ó concello correspondente, co fin de que sexa excluído, o monte, do inventario de bens, no caso de que estivese incluído, *solicitando a cancelación da inscrición no Rexistro da Propiedade, no caso de que existise*. A concordancia interna do rexistro prodúcese así mediante a inmatriculación do monte e a cancelación voluntaria dos asentos contradictorios⁴⁸.

do asento de inscrición no folio correspondente en que se encontre xa inmatriculado o monte. De tódalas formas iso sería o procedente no suposto, en certa medida excepcional, de que tódolos terreos incluídos na clasificación do monte veciñal se atopasen inscritos como unha soa leira a nome de terceiro en que non correspondería nova inmatriculación senón inscrición da resolución do Xurado Provincial. Pero nos casos máis frecuentes de que parte dos terreos non se encontren inscritos, e outros figuren en diferentes folios como leiras independentes a nome de diversos titulares rexistrados, parece que a intención do lexislador é que a totalidade do monte se inmatricule como unha soa leira e un único asento de inscrición, para o que se cancelan os demais.

⁴⁸ Tal e como establece o artigo 27 do regulamento, "no caso de que o ben clasificado estivese incluído no Inventario de bens municipais ou no Catálogo de montes de utilidade pública, nin os concellos nin a Administración estarán obrigados a impugna-la resolución do xurado".

⁴⁶ *Vid.*, no mesmo sentido a Sentencia do 21 de xuño de 1995, A. P. Lugo (RXG 1995, 191) na que se afirma que os montes veciñais en man común teñen unha existencia dende tempo inmemorial, sen que a clasificación transforme a súa natureza xurídica, pois o único que fai é recoñecelo, delimitándoo para que, desde ese momento, quede ben individualizado, pero antes da clasificación era xa tan monte en man común como o é despois dela. No mesmo sentido a Sentencia do 18 de novembro de 1996 (AC 1997, 226) ó dicir que o título de dominio apto en relación co monte veciñal en man común o é a posesión inmemorial, que non se substitúe pola resolución do Xurado Provincial pois, ó contrario, esta limitábase a reafirmalo.

⁴⁷ O artigo 13 da Lei 13/1989, ó igual có artigo 13 da Lei estatal 55/1980 só fala de inmatriculación, sen ter en conta que iso só sucede cando a leira non figura xa previamente inscrita e accede por primeira vez ó Rexistro da Propiedade pois, noutro caso, o que procede é a extensión

Cando a inscrición é a favor de particulares que a certificación teña efectos directos cancelatorios das inscricións existentes pode ser moi discutible, por distinguirse, ó meu modo de ver, dous réximes moi diferentes: un xeral contido no artigo 13 b) da Lei 13/1989, e outro especial ó que se refire a súa disposición adicional 1ª, seguindo, pola súa vez, o modelo (materia rexistral) da Lei estatal 55/1980.

Así, segundo o artigo 13.3 da Lei 55/1980, a resolución firme de clasificación serve de título inmatriculador suficiente para o Rexistro da Propiedade. E engade “en caso de contradicción entre a resolución do xurado e o que conste no Rexistro estarase ó previsto para tales supostos na Lei de montes e no seu regulamento, en concordancia co disposto na lei e regulamento hipotecario”. Segundo o artigo 11 da Lei de montes do 8 de xuño de 1957, se a certificación para inmatriculación estiver en contradicción con algún asentado non cancelado ou a descrición deste coincida nalgúns detalles coa de predios ou dereitos xa inscritos, procederase na forma que determina o artigo 306 do regulamento hipotecario, é dicir, o rexistrador suspenderá a inscrición solicitada e remitiralle a copia dos asentados contradictorios á autoridade que asinase a certificación quen, se o estimase procedente, pode acudir ó xuíz de 1ª Instancia quen, trala audiencia daquel que podería ter algún dereito sobre o inmovible, dictará auto para a seguir declarar ou non inscribible o documento de que se trate. Pero, como di Lacruz⁴⁹, nótase que este procedemento e esta resolución xudicial se contraen a dilucidar a dúbida de se estaba inmatriculada ou non a leira ou, a se era ou non contradictorio o asentado vixente; polo tanto non se pode resolver sobre a preferencia pois, como di a RDGRN do 19 de xaneiro de 1960 (*Arzdi.* 1960, 116) as certificacións de dominio “por ter un carácter inmatriculador, carecen de virtualidade para provocar a cancelación de asentados do Rexistro, que só se poderá obter conforme ó artigo 82 mediante o xuízo ordinario”.

Por iso, nestes casos, o artigo 70 do regulamento de montes, aprobado por Decreto 485/1962, do 22 de febreiro, establece que se o monte estivese inmatriculado a favor de persoa distinta da entidade pública á que o catálogo lle asigna a pertenza, a inscrición a favor desta practícase mediante calquera dos medios de rectificación do Rexistro establecido no artigo 40 a) da Lei hipotecaria, é dicir, por resolución xudicial co fin de ordenar a rectificación nos termos esixidos no artigo 82 da mesma lei. É dicir, que no réxime xeral, a resolución de clasificación do monte, por si mesma, na miña opinión, non é suficiente para cancelar as inscricións contradictorias senón que se require re-

⁴⁹ Elementos de Derecho Civil, III, bis, Derecho Inmobiliario Registral, 2ª edición, reimpresión, Barcelona, 1991, páx. 332, nota 7.

⁵⁰ Indica RAPOSO ARCEO, "Los montes vecinales en mano común..." *cit.*, páx. 27, que sendo o acto de clasificación simplemente declarativo e non constitutivo, con eficacia *ex tunc*, calquera negocio dispositivo anterior á dita declaración, debe entenderse nulo de pleno dereito, por contravención do disposto no artigo 6 CC, criterio de nulidade que é o que aplica a sentenza do 27 de outubro de 1992, A. P. Lugo (RXG 1992, 397) respecto dunhas leiras obxecto de contrato de vitalicio e que estaban integradas nun monte veciñal en man común, así como a Sentencia do 28 de xuño de 1995, A. P. Coruña, sección 5ª (RXG 1995, 137) en relación co artigo 1261 CC ó carecer de obxecto a compravenda de terreos incluídos nun monte veciñal en man común.

⁵¹ Por outra parte non hai que esquecer que aínda cando a resolución de clasificación non teña eficacia directa cancelatoria das inscricións rexistras contradictorias nin se poida inmatricula-lo monte a nome da comunidade veciñal, iso non lle causa ningún prexuízo a esta pois, recordemos, dende o inicio do expediente de clasificación, conforme o artigo 10.3 existe anotación preventiva e imposibilidade de alleamento, división ou gravame.

⁵² Vid., non obstante a Sentencia do 28 de xuño de 1995, A. P., A. Coruña, sección 5ª (RXG 1995, 137) que aínda que desestima a oposición alegada de terceiro hipotecario amparado polo artigo 34 L. H. non o fai *ab initio* porque ó tratarse dun monte veciñal en man común o título de adquisición sexa nulo, senón por considerar que o terceiro non reúnía o requisito da boa fe ó non ignora-la condición xurídica do monte.

solución xudicial dictada en xuízo contradictorio, no que, obviamente se vai discutir, dentro da xurisdicción ordinaria, a titularidade do ben o que implica discutir exclusivamente o seu carácter ou non de monte veciñal en man común pois, dende logo, nada hai que discutir sobre o pretendido dereito dominical do titular inscrito e o seu título de adquisición xa que for o que for, respecto de tódolos negocios xurídicos realizados antes da clasificación, a disposición final 3ª da Lei estatal 55/1980, coas excepcións que regula que non afectan a titularidade dominical, decláraos non xa nulos de pleno dereito⁵⁰ senón máis radicalmente inexistentes en dereito, polo que nin o terceiro hipotecario que reúna os requisitos do artigo 34 estaría amparado ó faltarlle título válido de adquisición desde o momento en que a inscrición non valida os títulos nulos, ou inexistentes, de acordo coa lei (art. 33 L. H.)⁵¹.

En tal sentido pronúnciase a Sentencia do 22 de maio de 1991, A. P. Pontevedra, Sección 1ª (RXG 1992, 25) ó afirmar que sendo unha venda de leira incluída nun monte veciñal existía "unha prohibición ou inhabilitación legal para allear, que determinou, de por si, a nulidade radical e absoluta da venda, por ilicitude do acto, e que non quedou validada pola inscrición, segundo o que se prevé no artigo 33 da Lei hipotecaria, e sen que o adquirente poida acollerse á norma protectora do principio de boa fe, establecido no artigo 34 da Lei hipotecaria, posto que, como declara o Tribunal Supremo en sentencias do 31 de outubro de 1968 -*Arzdi.* 1968, 5813- e 13 de outubro de 1982, (ambas referidas a supostos de bens alleados en contravención do disposto no art. 64 da Lei de contrabando, e inscritos por un terceiro de boa fe) "a inhabilitación para allear ten unha orixe legal e xorde da propia lei, ó superpoñerse á vontade particular, cunha finalidade de utilidade pública, sen que por estar imposta pola lei, necesite para a súa eficacia unha inscrición especial". Igualmente a Sentencia do 24 de febreiro de 1992, A. P. Pontevedra, Sección 1ª (RXG 1992, 207), con cita das sentencias do Tribunal Supremo do 31 de outubro de 1968 -*Arzdi.* 1968, 5813-, 13 de outubro de 1982 e 22 de maio de 1991, ó afirmar que acreditada a condición de monte veciñal en man común a inscrición no Rexistro a nome dun particular, dado o estatuto xurídico destes montes resulta totalmente nula⁵².

Agora ben, este é o sistema xeral que se deduce do artigo 13.3 da Lei estatal 55/1980 que ten unha excepción na disposición transitoria 1ª: "por excepción ó disposto no artigo 13.3 desta lei, as resolucións dos xurados provinciais terán eficacia, durante o prazo de cinco anos a partir da súa firmeza, para rec-

tifica-las inmatriculacións contradictorias do Rexistro da Propiedade, salvo que as mesmas se practicasen en virtude de sentenza dictada en xuízo declarativo". Trátase dunha norma que, durante un prazo de tempo determinado, lle engade un plus de eficacia á resolución de clasificación: dentro dos cinco anos desde a súa firmeza, por si soa, sen necesidade de resolución xudicial, é suficiente para cancelar toda inscrición contradictoria, sexa ou non terceiro hipotecario, que conste no Rexistro da Propiedade, salvo que se practicase en virtude de sentenza dictada en xuízo declarativo, en tal caso, desde o meu punto de vista, non será posible a cancelación pero a comunidade veciñal poderá articula-las súas pretensións ante a xurisdicción civil sen máis límites có respecto á cousa xulgada cando se dean os requisitos para iso establecidos no artigo 1252 CC.

Tal conclusión, dende un punto de vista estritamente hipotecario, pode resultar sorprendente, e así o entende Raposo Arceo⁵³ para quen é moi discutible, á luz do artigo 40 da Lei hipotecaria, que unha resolución dun xurado de montes rectifique *per se*, e sen recaer resolución xudicial firme, un asentado do Rexistro. Sen embargo, na miña opinión, non cabe ningunha dúbida diso pois, vencido o respecto ancestral cara á lei e o regulamento hipotecario, trátase simplemente dunha lei posterior que modifica unha anterior, de maneira que nin o artigo 40 nin o 82 da Lei hipotecaria son obstáculos ó seren simplemente modificados pola disposición transitoria 1ª da Lei estatal 55/1980 no que se refire ós montes veciñais en man común, non tendo, ó meu xuízo, obxecto a discusión de se unha lei especial pode modificar outra lei especial.

Como se dixo anteriormente, e na miña opinión, a Lei 13/1989 e o seu regulamento seguen simplemente a mesma ordenación rexistral cá Lei estatal 55/1980.

O réxime xeral aparece recollido no artigo 13 b) da Lei e 31 do regulamento. Este último, reproducindo o artigo 11.1 da Lei estatal 55/1980, remítese ó artigo 306 da Lei hipotecaria no caso de contradicción, dentro dos termos do artigo 306, entre a resolución do xurado e algún asentado cancelado ou que a descrición coincidise nalgúns detalles coa dos predios ou dereitos xa inscritos, para o que, o artigo 13 b) da Lei 13/1989 aclara que a resolución de clasificación serve "para resolver sobre as inscricións total ou parcialmente contradictorias que resulten afectadas" e "se a certificación para a inmatriculación do monte estivese en contradicción con algún asentado non cancelado, procederá na forma prevista na lexislación hipotecaria", é dicir, artigos 40 e 82 L.H.

⁵³ "Los montes vecinales en mano común... *cit.*", páx. 28.

O réxime especial da disposición transitoria 1ª da Lei estatal 55/1980 aparece recollido na disposición adicional 1ª da Lei 13/1989, se ben o prazo de cinco anos aparece reducido só a un e, por último, a disposición adicional do regulamento recolle o establecido na disposición final 3ª da Lei estatal 55/1980.

5. A organización da comunidade veciñal e a xestión do monte

Segundo o artigo 4.1 da Lei 13/1989, a comunidade de veciños propietaria dun monte veciñal en man común terá plena capacidade xurídica para o cumprimento dos seus fins e a defensa dos seus dereitos, sobre o monte e os seus aproveitamentos, así como sobre a súa administración e disposición, declaración de principios que reitera e estende o artigo 32 do regulamento ó dicir que a comunidade propietaria exercerá a administración, desfrute e disposición dos montes veciñais en man común conforme ós seus propios estatutos, e terá plena capacidade xurídica para o cumprimento dos seus fins, incluído o exercicio, tanto en vía xudicial como administrativa, de tódalas accións que sexan necesarias para a defensa dos seus específicos intereses.

Encontrámonos, pois, como di o artigo 3.1 da lei, cunha propiedade de natureza privada e colectiva, con autonomía a comunidade veciñal para a xestión e disposición do monte e dos seus aproveitamentos como tal propiedade privada. Sen embargo, e como especifica o artigo 4.1 da lei e 32 do regulamento "só dentro das prescricións da lei e do regulamento", o que significa que tal autonomía é moi relativa tanto polo carácter imperativo da Lei 13/1989, como por, e sobre todo, o mantemento dun forte intervencionismo da Administración autonómica xa non só pola existencia dos xurados provinciais senón polo control dos montes veciñais en man común a través da Consellería de Agricultura.

En efecto, con independencia da declaración xeral do artigo 2 da Lei sobre a indivisibilidade e inalienabilidade dos montes en man común, e como se viu anteriormente, os artigos 5 a 8 da lei limitan a actuación da comunidade veciñal sobre o propio monte e incluso o artigo 22 impón determinados criterios sobre os aproveitamentos que quedan fóra da autonomía da comunidade vecinal. Por outra parte, a intervención da Administración é reiterada: forma parte case con maioría do xurado provincial con competencia para a clasificación do monte (art. 10 da lei), e pode ela mesma inicia-lo expediente de clasificación sendo a Administración a que efectuará o deslinde (art. 11.1 e

4 e 25 da lei); pode suspender os órganos de xestión da comunidade veciñal e asumir a xestión do monte (art. 27 da lei); establécese un Rexistro Xeral de montes veciñais en man común (art. 26 da lei) e ademais un inventario deles (disposición adicional 5ª da lei) para a elaboración dun plan de aproveitamento dos montes veciñais (disposición adicional 6ª da lei); calquera cesión temporal requirirá informe favorable da Consellería de Agricultura (art. 5 do regulamento); as ocupacións e servidumes deberán ser autorizadas pola Dirección Xeral de Montes (art. 7 do regulamento); as permutas requirirán informe favorable da Consellería (art. 9 do regulamento); durante o expediente de clasificación os beneficios dos aproveitamentos deberán depositarse na Tesourería Xeral da Xunta de Galicia (art. 24 do regulamento); os aproveitamentos forestais dos montes están controlados pola Administración (art. 49 do regulamento); pode declarar o monte en estado de abandono e asumir a xestión do mesmo se non se cumpren os plans de explotación agrogandeira e forestal (art. 28.4 da lei), etc.⁵⁴

Dentro, pois, das limitacións impostas pola lei e o regulamento e co control da Xunta de Galicia, as comunidades veciñais teñen capacidade para administrar o monte veciñal en man común e os seus aproveitamentos, se ben partindo da base de que, aínda que outra cousa pareza deducirse dunha simple lectura do artigo 4.1 da Lei 13/1989, realmente, como recorda a Sentencia do 10 de marzo de 1993, TSXG (RXG 1993, 44), carecen de personalidade xurídica propia⁵⁵ xa que os dereitos de copropietario continúan pertencendo ós seus eventuais compoñentes, aínda que iso non impide que teñan os seus propios órganos de representación nunha construción similar á das comunidades de propietarios reguladas pola Lei de propiedade horizontal do 21 de xullo de 1960, o que se realiza a través dos órganos establecidos na lei e que son a Xunta Provisional, a Asemblea Xeral, a Xunta Rectora, a parroquia e a Consellería de Agricultura en situacións especiais e, incluso, calquera comuñeiro en defensa dos intereses da comunidade veciñal⁵⁶.

a) A Xunta Provisional

De acordo co artigo 33 do regulamento, a Xunta Provisional xorde, unha vez firme a clasificación do monte veciñal en man común e, en tanto non se constitúan os órganos de goberno, se ben tamén, e conforme ó artigo 19 da lei, procede a Xunta Provisional nos supostos en que, por calquera causa, aqueles non existen, ausencia de órganos de goberno e non desaparición da comunidade veciñal mesma, circunstancia distinta na que a

⁵⁴ É de resalta-la moi diferente concepción que dos montes veciñais en man común teñen a Lei 13/1989 e o regulamento. O preámbulo da lei é explícito á hora de partir do recoñecemento da natureza privada dos montes veciñais e da necesidade de liberalos das vinculacións que a desnaturalizan, referencia implícita ó control administrativo dándolle á comunidade veciñal plena autonomía para a xestión e gozo do monte. Sen embargo, o regulamento de 1992 xorde con outros criterios de ríxido control administrativo; e así, no seu Preámbulo afirmase que "a tensión doutrinal estivo sempre polarizada sobre a natureza dos montes como bens de dereito privado ou de dereito público. É evidente que as cuestións sobre propiedade están na órbita do dereito civil, pero non cabe esquecer que á vez son bens de utilidade pública, que é un órgano da Administración quen os clasifica como tales, e quen os deslinda, que a propia compilación de dereito foral alude a eles como unha terceira categoría intermedia entre os montes públicos e os privados, que respecto das infraccións que nelles se cometen a Administración debe aplica-lo réxime establecido na lexislación xeral de montes para os montes catalogados e que os aproveitamentos, salvo os tradicionais, se encontran suxeitos á Lei de montes de 1957 e actualmente tamén ás leis do solo. En definitiva, o interese público que en certa medida lles afecta a toda clase de bens incide con maior intensidade nalgúns categorías concretas deste, e cando tal cousa sucede, a titularidade privada dos ditos bens ou ben non se admite máis que excepcionalmente, ou ben aínda admitíndoa, sométese a unha intervención administrativa máis intensa. Os montes, constitúen un claro expoñente diso e así o seu réxime xurídico repártese entre o dereito administrativo e o dereito civil".

⁵⁵ En sentido contrario pronúnciase a Sentencia do 28 de xuño de 1995, A. P. Coruña, sección 5ª (RXG 1995, 137) para a que o artigo 4 da Lei 13/1989 lles reconece personalidade xurídica ás comunidades de veciños propietarios dun monte veciñal en man común. Igualmente admite a personalidade xurídica independente dos comuneiros a Sentencia do 10 de outubro de 1991, A. P. Lugo (RXG 1992, 44).

⁵⁶ Segundo o artigo 10 da Lei 4/1995, "os petrucios dunha parroquia constitúen a *veciña*, que administra os bens en man común, segundo o costume ou a teor do acordado pola maioría. Quedarán excluídos deste réxime os montes veciñais en man común, que se rexesen pola súa propia lexislación".

⁵⁷ O artigo 38 do regulamento establece que cada comunidade levará un libro de rexistro de tódolos veciños comuneiros que, conforme ó artigo 60, se actualizará no mes de xaneiro de cada ano.

⁵⁸ A diferenza da Lei estatal 55/1980, no artigo 4.2 da cal se regula unha aprobación dos estatutos con intervención xudicial, a lei galega, aínda que sinala o contido mínimo que han de ter (art. 16 e 42 do regulamento), atribúelle á comunidade veciñal a través da súa asemblea a competencia exclusiva para a súa aprobación, e non é necesario que sexan referendados nin pola autoridade xudicial nin sequera pola Administración autonómica esixindo exclusivamente o artigo 17 que, unha vez aprobados, se remita unha copia, *para efectos de coñecemento*, ó Rexistro Xeral de Montes Veciñais en Man Común a que se refire o artigo 26 da lei e 55 do regulamento, se ben o artigo 59 do regulamento estende o coñecemento á súa imperativa inscrición e control administrativo.

xestión do monte e a defensa dos seus intereses a exerce a parroquia ou a Consellería de Agricultura (arts. 4.2, 21 e 27 a) da lei).

Á Xunta Provisional, que exercerá a representación da comunidade, correspóndelle, segundo o artigo 19 da lei e 36 do regulamento, confeccionar, de non existir, a lista provisional de comuneiros⁵⁷ así como impulsa-la redacción e a aprobación dos estatutos, para, a seguir, elabora-lo proxecto dos mesmos tendo en conta que a competencia para a súa aprobación lle corresponde necesariamente á Asemblea Xeral (art. 18 da lei)⁵⁸. Igualmente á Xunta Provisional, segundo o artigo 36.1 b) do regulamento, lle corresponde a elección dos órganos de goberno, norma de defectuosa redacción pois, obviamente, a Asemblea Xeral non é un órgano electo, sen prexuízo da representación de cada "casa aberta" (art. 39 do regulamento), e é a ela a quen lle corresponde a designación da Xunta Rectora (art. 15.1 da lei e 46 do regulamento), debéndose entender máis ben que a Xunta Provisional impulsará a constitución da Asemblea Xeral (art. 19 da lei) que en todo caso deberá celebrarse antes dun ano coa aprobación dos estatutos e, noutro caso, deberá elixirse unha nova Xunta Provisional.

Por último, á Xunta Provisional correspóndelle a xestión e administración do monte veciñal en man común (art. 36.1 d) do regulamento) aínda que iso dentro duns límites moi estreitos pois, segundo o artigo 19.4 da lei, só poderá autorizar, por razóns de urxencia ou de interese xeral, actos de administración de contía económica non superior a un millón de pesetas en total.

b) A Asemblea Xeral

A Asemblea Xeral é o órgano supremo de expresión da vontade da comunidade veciñal que está integrada por tódolos comuneiros (art. 14.1 da lei), e que debe designa-los membros de cada "casa aberta" ós que ten que representar na mesma e, no seu defecto, farao quen asuma de feito a dirección da explotación familiar (art. 39 do regulamento). A asistencia á Asemblea é persoal se ben o artigo 14.5 da lei admite a representación que haberá de ser expresa para cada asemblea, pero só noutro comuneiro, non nun estraño, e sen que ninguén poida asumir máis dunha delegación, para evitar así a concentración de votos e o control de feito da asemblea.

A Asemblea Xeral deberá convocarse con carácter ordinario, con 10 días de antelación e notificarlo por escrito a cada comuneiro (art. 15.4 da lei), unha vez ó ano e sempre dentro dos

seis primeiros meses seguintes á data de peche do exercicio económico, e con carácter extraordinario sempre que o considere oportuno a Xunta Rectora ou por petición polo menos do 20% dos comuneiros (art. 14.2 da lei), e débese celebrar neste caso, segundo o artigo 40.2 do regulamento, no prazo máximo de 2 meses e se a Xunta Rectora non a convoca poderán facelo directamente os comuneiros, sen necesidade de acudir á vía xudicial, para adoptar os acordos oportunos incluíndo a remoción da Xunta Rectora.

A Asemblea Xeral quedará validamente constituída en primeira convocatoria cando estean presentes ou representados máis da metade dos comuneiros e en segunda convocatoria cando estean polo menos un 25% deles (art. 14.3 da lei). Agora ben, tales *quorums* permitirán que, por maioría simple dos asistentes, salvo que os estatutos establezan outra cousa, se adopten os acordos sobre aprobación da xestión e do balance do exercicio económico, aproveitamento e actos de administración en xeral pero para a aprobación, reforma ou revocación dos estatutos, así como os acordos referidos ós actos de disposición se esixe, ademais de convocatoria expresa, o voto favorable da maioría dos presentes que representen polo menos o 50% do censo de comuneiros en primeira convocatoria e o 30% na segunda (art. 18 da lei)⁵⁹.

Por último, é de recordar, como di a Sentencia do 6 de xuño de 1995, TSXG (RXG 1995, 126), que se ben é certo que ás comunidades de veciños dun monte en man común non se lles pode esixir un escrupuloso formalismo no seu actuar, dada a índole da súa estrutura, allea xeralmente a todo tipo de asesoramento xurídico, nin polo tanto pensar que cumpran con requisitos propios de entes administrativos ou corporacións públicas, iso non implica que non deban observalo cumprimento duns requisitos mínimos legais, ademais dos estatutariamente establecidos pois, noutro caso, iso suporá a nulidade dos acordos adoptados⁶⁰.

c) A Xunta Rectora

É o órgano de goberno, xestión e representación da comunidade, composta por un presidente e os vocais que sinalen os estatutos sen que poidan ser menos de dous (art. 15.1 da lei) actuando un de vocal e outro de tesoureiro, e é elixida por maioría simple en votación da Asemblea Xeral, por un prazo máximo de 4 anos (art. 46.1 do regulamento). O presidente exerce a representación legal da comunidade e deberá acreditar a dita cualidade para realizar actos de disposición (arts. 15.1 da lei e

⁵⁹ Aínda así cómpre resalta-la redución significativa producida en relación co artigo 7 da Lei estatal 55/1980, pois para os actos de administración ordinaria esixe o voto favorable da maioría dos partícipes, non de asistentes, mentres que para os actos de disposición será necesario o voto favorable das tres cuartas partes dos membros da comunidade.

⁶⁰ Na citada sentenza declárase nula a exclusión no listado de veciños integrantes da comunidade veciñal de determinados membros por non ser convocada a asemblea para tal efecto nin se xustificaren as razóns para tal exclusión.

46.2 do regulamento), representación legal que precisamente lle confire, como di a Sentencia do 22 de decembro de 1992, TSXG (rxg 1993, 9), plena lexitimación pasiva en calquera demanda presentada contra a comunidade veciñal sen que conorra litisconsorcio pasivo necesario dos comuneiros.

d) A administración en situacións xurídicas de pendencia

Como se dixo anteriormente, existente a comunidade veciñal pero sen órganos de goberno, é a Xunta Provisional quen asume as funcións de xestión e administración do monte veciñal en man común (art. 19.1 da lei). Situación distinta é a desaparición da comunidade veciñal, xeralmente polo despoamento do núcleo de poboación no que se asentaba a comunidade titular do monte e en tal caso, e segundo o artigo 20 da lei, correspóndelle á parroquia na que radique o monte, a defensa dos seus intereses que regulará, en concepto de titular provisional, o aproveitamento do monte en beneficio da comunidade parroquial. Se a parroquia non fai uso deste dereito tales funcións realizaraas a Consellería de Agricultura (art. 27 a) da lei). É de resaltar que tal administración se configura simplemente como provisional "ata que, se é o caso, se reconstitúa a comunidade", pero sen que nin a lei nin o regulamento regulen o suposto de que non se restaure a agrupación veciñal como fai o artigo 8 da Lei estatal 55/1980 en que, ó cabo de 30 anos, o monte pasará definitivamente ó patrimonio da entidade local administradora co carácter de ben comunal, norma que, ó meu modo de ver, non é de aplicación en Galicia onde a desvinculación entre a titularidade do monte veciñal en man común e o concello pretende ser radical.

e) A actuación individual do comuneiro

Sempre foi característico das formas de comunidade que, con independencia da actuación dos órganos de xestión se lle permita ó comuneiro individual a realización de tódalas actuacións necesarias en defensa dos intereses comúns, fundamentalmente ante a pasividade dos órganos colectivos. O artigo 17 da Lei 13/1989 non é alleo a iso e, seguindo un criterio xurisprudencial tradicionalmente sustentado, establece que "calquera comuneiro poderá defende-los intereses da comunidade de montes en man común". Nada específica o artigo 17, nin o artigo 45 do regulamento, tal e como si fai o artigo 6.2 da Lei estatal 55/1980, que no seu caso as resolucións que se dicten ó seu favor aproveitarán á comunidade, sen que lle prexudiquen a esta as contrarias, pero tal efecto legal debe entenderse de

aplicación ó ser unha consecuencia reiteradamente declarada polos tribunais no exercicio de accións en beneficio dunha comunidade.

A lexitimación do comuneiro en defensa dos intereses comúns non se fai depender da previa pasividade da Asemblea Xeral ou da Xunta Rectora pero aínda que quizais non sexa esixible, por non facelo a lei, que o comuneiro inste á comunidade en defensa dos intereses comúns como requisito previo para recoñecerlle a súa propia lexitimación se cabe negarlla, na miña opinión, cando se produza superposición coas accións ou actuacións realizadas polos órganos de goberno, se ben é de sinalar que este non parece se-lo criterio sustentado pola Sentencia do 16 de maio de 1995, TSXG (RXG 1995, 115) que considera que a lexitimación activa do comuneiro vén determinada polo seu fundamento no dereito material exercitado, isto é, actuación en proveito común, bastando que concorra este para que exerza plena lexitimación incluso, no caso resolto, contra a propia negativa da comunidade veciñal a que o comuneiro interpoña separadamente a acción xudicial.

Por outra parte a lexitimación que concede o artigo 17 comprende, nos termos do artigo 32 do regulamento, o exercicio tanto en vía xudicial como administrativa de tódalas accións que sexan necesarias para a defensa do interese xeral, ben como demandante ou presentándose como parte demandada e se a resolución é favorable ás súas pretensións ten dereito por lei a ser reintegrado pola comunidade de tódolos gastos que lle ocasione tal defensa e, noutro caso, deberá estar a resultas do que aprobe a Asemblea Xeral.

6. Os aproveitamentos

Sendo os montes en man común unha propiedade de natureza privada, establece o artigo 21.1 da Lei 13/1989, que o aproveitamento e o gozo deles lle corresponde exclusivamente á comunidade titular e efectuarase conforme ás normas establecidas nos estatutos, na lei e nas disposicións que a desenvolven. Neste sentido establécense certas normas imperativas.

Por unha parte, de tódolos rendementos económicos que se poidan derivar dos aproveitamentos reservarse unha cantidade, que se debe fixar nos estatutos e que en todo caso nunca será inferior ó 15% daqueles, para investimentos en melloras, protección, accesos e servizos derivados do uso social a que o monte puidese estar destinado (art. 23 da lei). A non xustificación ante a Consellería de Agricultura de tal investimento poderá dar lu-

gar, segundo o artigo 52 do regulamento, a ser considerado un indicador obxectivo para a declaración de grave abandono do monte coa conseguinte suspensión dos órganos de xestión da comunidade veciñal e asunción por aquela da administración do monte veciñal (art. 27 b) da lei). Por outra parte, o artigo 49 do regulamento impón determinadas formas de aproveitamento cando se trate de explotacións forestais, aproveitamento de pastos por gando que non sexa propiedade do grupo comunitario, canteiras, minas e outros aproveitamentos que esixan ocupacións temporais do terreo e aínda que o artigo 21.3 da lei permite grava-los aproveitamentos en caso de execución patrimonial contra a comunidade, a mesma soamente poderá dirixirse contra tales aproveitamentos ou as rendas que se puidesen derivar da cesión temporal do monte feita de conformidade co disposto na lei (art. 5).

Fóra desas limitacións, a comunidade veciñal poderá adoptar-los acordos que estime convenientes en canto a un mellor aproveitamento do monte veciñal en man común e os rendementos que produza, respectando a reserva do artigo 23, dedicaranse en todo ou en parte, segundo conste nos estatutos ou aprrobe a Asemblea Xeral por maioría simple (art. 18.1 da lei), a obras ou servicios comunitarios, con criterios de repartimento proporcional entre os diversos lugares en que se asente a poboación que compón a comunidade titular do monte, a investimentos no propio monte ou ó repartimento, total ou parcial, en partes iguais entre tódolos comuneiros o que deberá facerse necesariamente cando os rendementos non sexan individualizables.

Por último régúlase no artigo 22, seguindo a mesma liña que o derogado artigo 89 da Compilación de 1963, o que Raposo Arceo cualifica de deostado por estar en absoluta contradición coa propia esencia da institución e favorece-la apropiación individual do monte⁶¹, o repartimento de parte do mesmo, non a súa totalidade, en lotes, sortes ou parcelas para usos gandeiros ou agrícolas, trala autorización da Consellería de Agricultura se iso supón transformación do monte (art. 51.2 do regulamento), o que se pode efectuar só entre os comuneiros existentes e os que poidan ingresar no futuro na comunidade para o que deben facerse as pertinentes reservas (art. 22.3 e 4 da lei), ben a título oneroso ou gratuíto, sempre que non sexa inferior á unidade mínima de cultivo (art. 51.1 do regulamento)⁶² e por un período temporal non superior ós 11 anos, ó remate do cal a comunidade poderá optar polo aproveitamento en común ou proceder a un novo repartimento, sen que en ningún caso os

⁶¹ "Los montes vecinales en mano común..." *cit.*, páx. 28.

⁶² *Vid.*, artigo 3.2 da Lei 10/1985, do 14 de agosto, de Concentración Parcelaria para Galicia e artigos 23 e seguintes da Lei 19/1995, do 4 de xullo, de modernización das explotacións agrarias.

lotes que se lles entreguen ós comuneiros poidan coincidir cos que se aproveitaron no período anterior nunha clara finalidade, ademais doutras razóns⁶³, de evita-la apropiación dos montes tras un simple repartimento para aproveitamento temporal, tal e como viña sucedendo⁶⁴.

En canto á distribución ou forma de asignación dos lotes é de resaltar que nin o artigo 22 da lei nin o 51 do regulamento específica cómo ha de facerse, se a partes iguais, por sorteo, etc., desaparecendo definitivamente o antigo criterio recollido no artigo 89 da Compilación de 1963 de que a distribución se realizaría "en proporción directa ó número de familiares e inversa á riqueza dos respectivos adxudicatarios" polo que haberá de entenderse unha distribución igualitaria co único criterio imposto polo artigo 22.1 da lei de que na asignación dos lotes se procurará que os comuneiros que traballen conxuntamente baixo a fórmula de explotación comunitaria da terra teñan os lotes contiguos.

En todo caso, esta forma de aproveitamento do monte non se configura no artigo 22 da lei como un dereito dos comuneiros senón como unha posibilidade que pode decidir ou non a comunidade veciñal, como indica Raposo Pérez⁶⁵, a través da Asemblea Xeral e co *quórum* esixido polo artigo 18 da lei para os actos de disposición polo que, e como di a Sentencia do 10 de outubro de 1991, A.P. Lugo (RXG 1992, 44), aínda que ó meu modo de ver non existe unha personalidade xurídica da comunidade distinta á de cada un dos comuneiros, estes, en tanto non se acorde a determinación das cotas, non teñen título ningún posesorio sobre parcelas concretas pois a posesión do monte non lles corresponde ós diferentes comuneiros senón, como es-

⁶³ A sentencia do 2 de xaneiro de 1996 TSXG (RXG 1996, 1) sinala que a razón da limitación temporal e o obrigado cambio de lotes radica precisamente na eventualidade do número de veciños (é suficiente con examinalo apartado 4 do artigo 22 para comprendelo) e na necesidade de evita-la identidade persoa-parcela substituíndoa en consonancia coas características da comunidade xermánica, polo binomio veciño-monte veciñal que resulta alleo totalmente a calquera tipo de atribución patrimonial individual.

⁶⁴ Poden verse as sentencias do 27 de outubro e 23 de decembro de 1992, A.P. Lugo (RXG 1992, 397 e 1993, 14) ambas en reivindicatorias da comunidade veciñal contra comuneiros por terras integradas no monte que foran entregadas para aproveitamento individual e posteriormente irrogaron a propiedade chegando a inscribirse no Rexistro da Propiedade. O mesmo caso na Sentencia do 28 de xuño de 1995, A.P. Coruña, Sección 5ª (RXG 1995, 137) que expresamente manifesta como a facultade tradicional de repartimento do monte para o seu aproveitamento xa recollida no art. 89 da Compilación de 1963 deu lugar a trasmutar en moitos casos o título de gozo polo de presunto dominio mediante manobras torticeiras.

⁶⁵ "Comentario a la sentencia de 21 de junio de 1995, A.P. Lugo..." *cit.*, pág. 214.

pecífica o artigo 3.1 da lei, "ó conxunto dos veciños" e a posesión de feito sen acordo da Asemblea Xeral será ó sumo unha posesión sen título á que poderá poñerse fin a través do xuízo de desafuzamento en precario⁶⁶ sen prexuízo de que, por outra parte e entre os propios comuneiros, sen acordo de distribución de parcelas non é posible realmente unha posesión individualizable polo que, como di a Sentencia do 7 de xullo de 1992, A.P. Lugo (RXG 1992, 362) non cabe a protección interdictal contra a privación de feito da posesión individual realizada pola comunidade veciñal.

7. Protección e xestión cautelara dos montes veciñais en man común

Historicamente foi, e segue sendo, unha preocupación constante do lexislador arbitrar un adecuado sistema de protección dos montes veciñais en man común para os efectos de mantela súa integridade e un adecuado aproveitamento, tarefa que o lexislador galego estrutura en diferentes niveis. Así, o artigo 24 da Lei 13/1989, encoméndalle en primeiro lugar, e como non podía ser menos, á propia comunidade titular do monte⁶⁷ que deberá tomar as medidas necesarias para a xestión, protección e defensa do mesmo recoñecéndolle, recordemos, plena capacidade xurídica para o exercicio tanto en vía xudicial como administrativa, a través do presidente da Xunta xestora (art. 46.2 do regulamento), de tódalas accións necesarias para a defensa dos seus específicos intereses (art. 32 do regulamento). Igualmente a protección e defensa do monte pode se exercida directamente por un comuneiro (art. 17 da lei).

En segundo lugar, e de acordo coa disposición transitoria 4ª da lei, o Ministerio Fiscal defenderá as comunidades de veciños de montes en man común, cando estas se vexan afectadas na propiedade da que son titulares, de conformidade co disposto no artigo 15 da Lei estatal 55/1980 que lle impón ó Ministerio Fiscal o exercicio das accións civís e penais que sexan adecuadas para restablece-la situación xurídica correcta e perseguir os actos que a contradigan.

En terceiro lugar, e desde logo máis importante, segundo o artigo 25 da Lei 13/1989, correspóndelle á Consellería de Agricultura, Gandería e Montes velar pola conservación e a integridade dos montes veciñais en man común e o cumprimento do disposto na lei o que, ademais de permitirlle a imposición de sancións (art. 62 do regulamento), sobre todo o faculta ó abeiro do artigo 28 b) da lei para asumir cautelaramente a xestión do


⁶⁶ Como indica RAPOSO PÉREZ, *loc. cit.*, se o artigo 22 da Lei 13/1989 permite a reversión inmediata á comunidade das parcelas que sexan destinadas a uso distinto ou contradictorio do acordado pola comunidade, con máis razón terá lugar a reversión ante un aproveitamento non acordado.

⁶⁷ Afirmo a Sentencia do 9 de maio de 1989, TS, Sala 3ª (*Arz. di.* 1989, 3853) que a facultade de defender e de reivindicar os montes veciñais en man común lle corresponde á comunidade veciñal, sen que os concellos teñan nesta materia competencia ningunha, salvo a situación transitoria de extinción da comunidade a que se refire o artigo 8 da Lei estatal 55/1980, o que incluso agora para Galicia, se pode engadir, ha de entenderse matizado no artigo 20 da Lei 13/1989, que fala da parroquia.

monte no suposto de que a Xunta de Galicia, por proposta da Consellería de Agricultura, declare a situación de estado de grave abandono ou degradación do monte veciñal por razóns de utilidade pública ou de interese xeral (art. 28.2 da lei) o que, por outra parte, non é nada difícil á vista do amplo concepto legal de grave abandono.

En efecto, o artigo 28.1 recolle que se entenderá por monte veciñal en estado de grave abandono ou degradación aquel que, de modo manifesto, sufrise un grave estrago ecolóxico, non sexa explotado de acordo cos seus recursos ou sufra unha extracción abusiva dos mesmos, configurando o artigo 28.4 o establecemento de indicadores obxectivos que sirvan para a determinación do estado grave de abandono como o grao de aproveitamento da extensión superficial, o grao de manifesto desuso, o carácter depredador das actividades extractivas dos recursos, pero tamén o non xustifica-la reserva esixida polo artigo 51.2 do regulamento (art. 52 deste), ou non constituí-los órganos de goberno ou aproba-los estatutos (art. 61 do regulamento), etc.

En todo caso, e antes da declaración de abandono o artigo 29 da lei prevé a presentación dun plan de mellora pola comunidade veciñal e se non o fai dictarase resolución recorrible ante a xurisdicción contencioso-administrativa. Decretado un monte en estado de grave abandono ou degradación, segundo o artigo 30, a Consellería de Agricultura asumirá cautelaramente a xestión do monte para levar a efecto un plan de mellora, debendo renderlle contas da súa xestión á Xunta Rectora e coa particularidade de que tódolos beneficios obtidos da explotación do monte, deducidos os gastos e investimentos, serán da comunidade veciñal.

Por último, segundo establece a disposición transitoria 3ª da Lei 13/1989, as actuacións para a declaración dun monte en estado de grave abandono ou degradación non se poderán iniciar antes de que transcorra un ano desde a clasificación como monte veciñal. 

De novo sobre o réxime competencial do deporte. A propósito da Lei do deporte de Galicia

Doutor en dereito.
Universidade da Coruña

Gonzalo Barrio García

I.

Introducción: a oportunidade da lei

¹ Cfr., G. BARRIO GARCÍA, *Réxime competencial do deporte. Análise xurídica do deporte en Galicia*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, páx. 137.

Coa Lei do deporte de Galicia pónselle fin á situación de pendencia legislativa autonómica nesta materia. A análise do réxime xurídico do deporte en Galicia revelaba a necesidade dun tratamento legislativo. "A xeito de valoración final -dicía nun estudio monográfico anterior- non pode merecer máis ca un xuízo negativo a falta dunha lei galega do deporte que aglutine, ordene e desenvolva as actuais e insuficientes disposicións, adaptando as estruturas administrativas e de ordenación do territorio á realidade de Galicia"¹.

Esta conclusión -que se apoiaba nun estudio previo de toda a normativa galega- xustificábase polas razóns apuntadas nese mesmo parágrafo. A existencia dun réxime xurídico disperso,

caracterizado por un tratamento puntual de determinadas institucións deportivas facía necesaria unha norma reguladora xeral que ordenase coherentemente aquela normativa. Cumpría o que na coñecida teoría dos grupos normativos se denomina como lei-cabeceira, co fin de que cumprise as funcións e os obxectivos que lle son propios.

Por outro lado era insuficiente, en canto ó rango xurídico de natureza regulamentaria non superaba en ocasións as esixencias do principio de legalidade. Na materia deportiva –en sentido estricto– non existe unha reserva legal expresa, que si pode aparecer indirectamente naquéloutros aspectos do deporte que afecten a un dereito fundamental, como é o caso do asociacionismo deportivo, modalidade do exercicio do dereito de asociación reconecido no artigo 22 da Constitución.

A lei, ademais, debía ser “unha resposta legislativa efectiva ás esixencias constitucionais, estatutarias e de necesidade social no fomento, promoción e protección da cultura física e o deporte”².

A Lei do deporte sitúase por todo isto no vértice no que se corta a oportunidade da súa promulgación e o seu propio contido material. Contido material que, dende un punto de vista competencial, constitúe o obxecto dos comentarios que seguen a continuación.

II.

Comentario ó Título II: das competencias das administracións públicas

1. Introducción

O deporte –ou o feito deportivo, por empregar a expresión da lei– non é alleo ó modelo de distribución territorial introducido pola Constitución de 1978. O encargo que lles realizan os poderes públicos dentro dos “principios rectores da política social e económica” con respecto á promoción do deporte supón o reconecemento do seu valor social e a necesidade do seu fomento, pero non significa predeterminalos suxeitos que deben cumprilo. O constituínte de 1978 non efectuou ningunha declaración de atribución estatal da materia deportiva, senón que libremente permitiu que a asumisen as comunidades autónomas (en adiante, CCAA) se así o facían nos seus respectivos estatutos de autonomía. Invitación que tivo unha aceptación unánime e expresada con relación a Galicia no artigo 27.22 do seu estatuto.

² Cfr., BARRIO GARCÍA, *op. cit.*, páx. 140.

A partir desa habilitación estatutaria Galicia desenvolveu mediante a Lei 11/1997, xeral do deporte de Galicia, do 22 de agosto, a súa regulación deportiva.

A Lei do deporte de Galicia concédelle unha grande importancia á cuestión competencial. Así, un dos piares que sustenta a política deportiva "clara e concisa" que se persegue é o dunha delimitación das competencias das administracións públicas e as funcións das entidades deportivas.

As premisas das que se parte no apartado de competencias exprésanse na súa exposición de motivos. Textualmente dise:

"Esta lei parte de que a raíz da Constitución de 1978 é ás comunidades autónomas ás que lles corresponden as competencias en canto ó feito deportivo, na súa totalidade, no seu propio ámbito territorial e, por iso, correspóndelles determinar en qué consisten as competencias concretas das restantes entidades e administracións en materia deportiva, sen prexuízo do que a lexislación estatal dispón sobre a materia.

Unha vez que a Comunidade Autónoma de Galicia asumiu a competencia exclusiva e plena no sector deportivo e o municipio e a provincia teñen reservado un campo de actuación nel a través da Lei de bases de réxime local, a Comunidade Autónoma está plenamente facultada para utilizar, na súa lexislación os criterios de redistribución de competencias que coide oportunos, o cal se levará a cabo a través desta lei, establecéndose claramente as competencias que lles correspondan ás provincias e ós concellos dentro da política deportiva xeral da Comunidade Autónoma de Galicia e á cal as ditas entidades locais deberán someterse no exercicio das súas competencias na materia.

É especialmente importante establecer unha coordinación entre a Xunta e as entidades locais en materia de instalacións e actividades deportivas.

O exercicio da competencia da Comunidade Autónoma levarase a cabo de acordo cos principios de coordinación, colaboración, descentralización e eficacia en relación coas demais administracións públicas e cos entes deportivos".

Son, pois, varias as cuestións que se recollen e que se van desenfiando a continuación.

2. Sobre a competencia exclusiva no deporte

A. O entendemento da exclusividade

A decisión do constituínte de non lle reservar *expressis verbis* competencias ó Estado, no deporte, condiciona o réxime competencial aplicable. Toda operación de deslindamento competencial que se realice nesta materia debe partir do título auto-

nómico de exclusividade, en canto regra específica asumida estatutariamente. Agora ben, o feito de que tódalas CCAA asumiron a competencia exclusiva sobre a materia deportiva non impide que o Estado interveña apoiándose noutros títulos competenciais.

O concepto de exclusividade ha de entenderse nos seus xustos termos, pois ha de coexistir con aqueloutras competencias que o Estado desempeñe en virtude do artigo 149.1 da Constitución, o exercicio da cal validamente pode condiciona-las competencias das CCAA sobre o sector material concreto. Xunto co título prevalente e específico de competencia autonómica –deporte ou promoción do deporte– existen unha pluralidade de títulos estatais concorrentes, uns de carácter xeral e outros provenientes de sectores materiais específicos, que actúan como límites daquel³. Debe producirse, polo tanto, unha integración sistemática da competencia autonómica exclusiva no deporte con aqueloutras estatais sen perder, por isto, a perspectiva da exclusividade. Ó fin de preceptos concretos tratarase esta converxencia de títulos, como se apreciará máis adiante⁴.

B. O alcance da exclusividade

A exclusividade permítelles ás CCAA defini-la súa propia política deportiva. O límite último dese desenvolvemento vén marcado polo respecto en xeral ó ordenamento xurídico e ó seu propio ámbito competencial.

Dentro deste contexto o lexislador autonómico pode establecer un novo marco territorial e organizativo na prestación dos servicios deportivos. A lexislación autonómica comparada

³ Como se expresa na Lei murciana do deporte, a exclusividade “implica a plenitude da función lexislativa, a cal terá que exercerse, segundo reiterada doutrina do Tribunal Constitucional, para o cal se terá en conta non só os límites do espacio territorial propio e, no seu caso, persoais, senón tamén os que resulten doutros títulos competenciais asignados ó Estado que teñen relación directa ou indirecta coas materias adxudicadas con carácter exclusivo ás comunidades autónomas”.

⁴ A exposición de motivos da Lei 10/1990, do 15 de outubro, do deporte, ó xustifica-los títulos que lle permiten ó Estado dictar esta lei cando a competencia foi xa asumida polas comunidades autónomas, dá conta desta situación. “Se a atribución de competencias sobre deporte ou promoción do deporte se atopa explícita nos diferentes estatutos de autonomía –e por iso esta lei non trata de realizar operacións de redistribución competencial que non lle corresponden– non é menos certo, en primeiro lugar, que semellante atribución ha de poñerse en conexión estricta cos ámbitos territoriais das respectivas comunidades autónomas, e en segundo lugar, que o deporte constitúe unha materia –por empregar termos constitucionais– sobre a que sen dúbida inciden varios títulos competenciais. Neste sentido, son varias as actuacións coordinadas e de cooperación entre a Administración do Estado e a das comunidades autónomas para aquelas competencias concorrentes que sen dúbida propiciarán unha política deportiva máis dinámica e con efectos multiplicadores”.

amosa os distintos modelos polos que se optou. Ben pode existir unha descentralización por parte da CCAA noutros entes infracomunitarios –provincias, comarcas– ou, pola contra, intervir centralizando determinadas prestacións ou servicios⁵. Ambas son opcións de política lexislativa que cada CA pode asumir en función das súas necesidades ou intereses. Con respecto dos límites antes ditos e especialmente o mínimo da autonomía local, o *quantum* da intervención autonómica é, pois, unha cuestión de política lexislativa que deberá determinar cada CA.

As mesmas razóns e condicionamentos –propios do significado da competencia exclusiva– permiten tamén que a lexisla-

⁵ Das leis deportivas autonómicas destacan neste punto as leis de Cataluña, do País Vasco e a de Castela-León. A tradición comarcal en Cataluña é evidente. Por iso, e participando desa tradición, a disposición adicional segunda da súa lei do deporte establece que:

“A Administración da Xeneralidade asumirá, en virtude da presente lei, as competencias que exerceron con anterioridade as deputacións provinciais en materia de actividade física e deporte. A dita atribución de competencias comportará a transferencia dos medios materiais e personais afectos ós servicios e ós organismos correspondentes, así como dos correspondentes recursos económicos...” (enumeráanse a continuación os servicios e os recursos que se lle transfiren á Xeneralidade).

E é no artigo 39 onde se establecen as funcións que deberán desenvolver as comarcas:

“Corresponderalles ás comarcas como entidades locais supramunicipais:

- a) Promover e difundir a actividade física e o deporte no seu respectivo territorio.
- b) Coordina-la utilización das instalacións deportivas públicas de uso comarcal.
- c) Cooperar cos municipios e coas entidades deportivas na promoción da actividade física e o deporte.
- d) Construír, ampliar e mellorar instalacións deportivas de interese comarcal.

e) Subministra-los elementos necesarios para establece-las determinacións do Plan director de instalacións e equipamentos deportivos de Cataluña, os cales deberán de referirse, como mínimo, á estimación dos recursos disponibles e ás necesidades e ó déficit do ámbito territorial correspondente.

f) Participar na elaboración e na execución dos programas da Xeneralidade que teñan por obxecto o financiamento da construción, a ampliación e da mellora de instalacións deportivas, dos que serán beneficiarios os entes locais. (Vid., a Sentencia do Tribunal Supremo do 21 de abril de 1997, Arzdi. 3361).

Visión distinta é a do País Vasco onde -tamén aquí pesa a tradición- se lle outorga grande importancia ós territorios históricos. Así, o artigo 52 da súa lei deportiva establece:

“Correspóndelles ós órganos forais dos territorios históricos, no ámbito do seu respectivo territorio:

- a) O desenvolvemento normativo e a execución da lexislación da Comunidade Autónoma para o fomento do deporte.
- b) A elaboración, aprobación e a execución, esta última en coordinación coas administracións municipais, de programas de deporte escolar e de deporte para todos, en desenvolvemento da lexislación das comunidades autónomas.
- c) A elaboración, tramitación no seu caso, aprobación e execución dos instrumentos de ordenación do territorio de equipamentos deportivos; nos termos establecidos na lexislación vixente de ordenación do territorio e ordenación urbana.
- d) A promoción de municipios de escasa demografía e a creación de consorcios de concellos, con servicios e programas comúns para o fomento do deporte.
- e) A asistencia e o impulso ás federacións territoriais e ós clubs e agrupacións domiciliadas no seu territorio, concédese para o efecto as subvencións económicas que se vulguen oportunas, controlando e fiscalizando a adecuación destas ás finalidades propias para cada unha delas.
- f) O establecemento de criterios racionais que sinalen a pauta que se seguirá na concesión de subvencións ás federacións deportivas territoriais. Os órganos forais comunicaranlles estes criterios ó Goberno Vasco.

Vese claramente cómo se produce un aumento das competencias dos entes forais provinciais desenvolvendo e executando a lexislación autonómica e incluso con posibilidades de impoñerlles determinadas actuacións ós municipios.

Pola súa parte, a Lei de Castela-León transfire tanto a titularidade como a xestión das instalacións deportivas que sexan propiedade das Comunidade Autónoma ós municipios de máis de 20.000 habitantes e ás deputacións provinciais cando aquelas radiquen nos seus respectivos territorios. Cfr., o seu artigo 26.

O que interesa destacar é que son visións distintas de ordenación territorial autonómica coa finalidade clara de adaptación á realidade social de cada territorio e expresión clara de cómo cada autonomía opta por un sistema de xestión distinta en atención ós seus propios intereses.

ción deportiva autonómica utilice distintos criterios de “redistribución de competencias”. No plano xurídico non existe para as corporacións locais un modelo uniforme de competencias en materia de deporte⁶. Distinto é que a “natureza das cousas”, a conveniencia técnica e a racionalidade da xestión administrativa, imponha determinados modelos de política deportiva e lle condicione a atribución de competencias ás distintas administracións, pero sen unha predeterminación normativamente imposta.

Por outra parte, a lei emprega a expresión de “feito deportivo”. Nun plano competencial interesa discerni-lo ámbito desa expresión por condiciona-lo alcance da competencia autonómica. Dado que a lei segue as teses de Alonso García no seu traballo “Las competencias de los entes locales en materia de deporte” –o cal copia literalmente na súa exposición de motivos– procede asumilo contido que lle atribúe este autor como interpretación “auténtica” da lei.

Con esa locución faise referencia “á posible lexislación sobre tódolos aspectos do fenómeno deportivo como tal sen necesidade de invocar outro título competencial específico”⁷.

3. Os límites á competencia exclusiva no deporte

A. Títulos xerais

a. Ámbito territorial

As competencias de cada CA deben entenderse referidas ó ámbito físico que constitúe o seu territorio. O territorio actúa, pois, como límite ou condición de validez do exercicio das competencias autonómicas, o que se xustifica pola “necesidade de facer compatibles o exercicio simultáneo das competencias asumidas polas distintas comunidades”⁸. A súa funcionalidade xeral no armazón de distribución de competencias operada pola Constitución, os estatutos de autonomía e as demais leis integradas no bloque da constitucionalidade, é a de configurarse como elemento delimitador das competencias dos poderes públicos territoriais e, en concreto, como delimitador das competencias das CCAA na súa relación coas demais comunidades e co Estado⁹.

En materia deportiva, a limitación da actividade autonómica de promoción do deporte ó territorio pode presentar algúns problemas; así, naquelas CCAA nas que pervivan deportes autóctonos e se intente promocionalos máis alá do seu ámbito territorial. Non parece que esta situación presente problemas no

⁶ Cfr., E. ALONSO GARCÍA, “Las competencias deportivas de los entes locales”, en *Tratado de Derecho Municipal*, Director S. MUÑOZ MACHADO, Civitas, Madrid, 1988, páx. 1403.

⁷ Cfr., páx. 1380, a nota.

⁸ Cfr., STC 44/1984, f. x. 2º.

⁹ Cfr., STC 99/1986, f. x. 4, reiterado na STC 132/1996, do 22 de xullo, f. x. 4º.

caso de Galicia por non ser este un suposto frecuente na nosa comunidade. Distinto é no caso do País Vasco, Cataluña, Castela-León ou Valencia¹⁰, onde as súas leis autonómicas explicitamente se reservan esta posibilidade. En todo caso, os acordos e convenios de colaboración entre CCAA –expoñentes do principio de colaboración, como se verá máis adiante– son a vía oportuna para dotar de validez a estas accións.

Por outra parte, o deporte presenta unha natureza supraterritorial. O modo en que este carácter supracomunitario lles afecta ás competencias autonómicas é unha cuestión debatida no seo do propio Tribunal Constitucional (en adiante TC). Unha corrente –aínda minoritaria– restrinxe a afectación competencial que se produce cando se dá esa circunstancia supraautonómica. Dise “cando o fenómeno obxecto das competencias autonómicas se estende ó longo do territorio de máis dunha Comunidad Autónoma, [non pode concluírse que] estas perdan en todo o caso e automaticamente a competencia sobre a parte dese obxecto situado no seu ámbito territorial e a titularidade desta deba trasladarse necesariamente ó Estado, sen que deba xustificarse a necesidade deste traslado”¹¹. Esta liña –non asumida polo Pleno– convén non perderla de vista en canto á evolución xurisprudencial previsible, parece conducir ó seu establecemento como doutrina constitucional¹². De ser así iso tería importantes repercusións no ámbito deportivo ó cuestionar certas actividades estatais que precisarían dunha maior xustificación.

¹⁰ A Lei valenciana do deporte di con respecto a isto que os deportes autóctonos “forman parte da nosa idiosincrasia como pobo, contribúen a vertebrar-la nosa Comunidade cun claro engarzamento coa historia e as nosas máis sentidas tradicións, mais, á vez, cun presente e cun futuro que debemos garantir como legado ás xeracións futuras”.

¹¹ Voto particular que formula C. Viver Pi-Sunyer ó que se adhiren P. Cruz Villalón e R. de Mendizábal Allende á STC 330/1994, do 15 de decembro, en relación coa Lei 9/1992, do 30 de abril, de mediación de seguros privados.

¹² Como se afirma nese mesmo voto particular: “a titularidade da competencia controvertida só poderá trasladarse ó Estado cando, ademais do alcance territorial supraautonómico do obxecto da competencia, a actividade pública que sobre el se exerza non sexa susceptible de fraccionamento (e, aínda neste caso, cando a dita actuación non poida levarse a cabo mediante mecanismos de cooperación, de coordinación ou auxilio entre comunidades autónomas ou entre estas e o Estado –se se trata de comunidades que carezan de competencias sobre a materia–) senón que requira a súa atribución a un único titular –que forzosamente debe ser o Estado– ou cando sexa necesario recorrer a un ente con capacidade de integrar intereses contrapostos de varias comunidades autónomas. Mecanismos deste tipo atópanse xa previstos, por exemplo, na Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (u.gr. art.4) e solucións como a proposta consagráronse xa en leis estatais como a de Industria do 16 de xullo de 1992 (art.15.3)”.

b. A dimensión cultural do deporte

O deporte presenta un contido e é unha manifestación cultural. Esta vinculación ten importantes efectos competenciais. A propia exposición de motivos da Lei estatal do deporte recolle esa tese ó dicir que "a actividade deportiva constitúe unha evidente manifestación cultural, sobre a que o Estado non debe nin pode mostrarse alleo por imperativo da propia Constitución, aínda que só sexa para facilita-la necesaria comunicación entre os diferentes ámbitos autonómicos", o que tamén ten reflexo no seu articulado¹³.

O Estado, dende o artigo 149.2 da Constitución pode levar a cabo determinadas actuacións relativas a materias que teñen contido cultural, aínda que sexan obxecto de competencias específicas atribuídas ás CCAA¹⁴. A anterior conclusión matízase, sen embargo, pois "a competencia sobre cultura non pode converterse nun título universal dende o que poidan realizarse indistintamente todas e as mesmas funcións que poden realizarse dende outras competencias específicas que teñen aspectos culturais, co argumento de que estes aspectos permiten unha intervención superposta e duplicada".

Pois ben, "aceptar que dende a competencia de cultura puidera realizarse, sen ningún límite, calquera actividade de normación ou de execución sería tanto como converter en concorrentes, xa non as competencias sobre cultura, senón a competencia de cultura do Estado con tódalas competencias exclusivas das CCAA con elementos culturais". En definitiva, "a competencia sobre cultura non é, pois, un título que lle permita ó Estado realiza-las mesmas actividades normativas e de execución que teñen atribuídas as CCAA nas moi variadas competencias que teñen contido cultural".

En orde á delimitación de competencias a Constitución diferenciou a cultura e o deporte e asignoulle a este último un tratamento competencial específico e propio (art.148.1.19). Por isto, a intervención do Estado en materia deportiva se se apoia no título cultural debe ter en conta esta distinción, e limitar, pero ó mesmo tempo respetando aquela competencia autonómica específica e exclusiva, e non intervindo xenericamente con base na atribución do artigo 149.2.

A clave sitúase en determinar cál é o ámbito propio da intervención estatal sobre o deporte que pode apoiarse no título de cultura. Esta conexión recae, en principio, sobre o deporte autóctono. En efecto, o engarramento entre cultura e deporte evidénciase máis nos ámbitos do deporte popular e o deporte autóctono, folclórico, de xeito que esta conexión non é tan

¹³ Así o seu artigo 1.2), o teor do cal é o seguinte: "A práctica do deporte é libre e voluntaria. Como factor fundamental da formación e do desenvolvemento integral da personalidade constitúe unha manifestación cultural que será tutelada e fomentada polos poderes públicos".

¹⁴ Cfr., STC 109/1996, f. x. 4º).

¹⁵ Cfr., G. REAL FERRER, *Derecho Público del deporte*, Civitas, Madrid, 1991, páx. 425.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ É doutrina consolidada do TC que "nin a subvención é concepto que delimite competencias, nin a facultade de gasto constitúe un título competencial autónomo e implícito, alleo ó sistema de distribución de competencias establecido na Constitución e nos estatutos de autonomía. Polo contrario, o exercicio de competencias estatais, anexo ó gasto ou á subvención, só se xustifica nos casos nos que por razón da materia se reservaran ó Estado, na Constitución ou nos estatutos de autonomía, tales competencias". E así, "a soa decisión de contribuír ó financiamento de determinadas actividades non autoriza ó Estado para invadir competencias que *ratione materiae* lles corresponden ás comunidades autónomas, de modo tal que a decisión haberá de articularse respectando, en todo caso as competencias autonómicas, o que significa que a lexitimidade constitucional do outorgamento de subvencións estatais, así coma o seu réxime normativo e de xestión, está condicionada ó dato de que o Estado posúa competencias para isto na materia de que se trate", STC 188/1989, f. x. 3.

O anterior non significa que o Estado "non poida destinalos seus propios recursos a calquera fin que considere relevante; sen embargo, o respecto da orde constitucional de distribución de competencias de xestión debe adaptarse en cada ámbito material ó repartimento de funcións consagrado na Constitución e nos estatutos de autonomía". Cfr., a STC 108/1996, do 13 de xuño, f. x. 3, que sintetiza a xurisprudencia constitucional neste punto.

¹⁸ Cfr., STC 68/1996, do 18 de abril, f. x. 10.

evidente noutros ámbitos do deporte coma o profesional ou o de alto nivel, onde a intervención do Estado atopa unha maior xustificación. Real Ferrer, manifesta con respecto a isto que "el trasfondo cultural del deporte, su imbricación con la cultura, se encuentra, paradigmáticamente, en el deporte aficionado y, singularmente, en el que se practica como participativa manifestación popular, en cualquiera de sus distintas formas de expresión. Recordemos que es ahí donde integrábase al deporte folklórico o autóctono, en el que el deporte y cultura resultan dimensiones inseparables. Pues bien, esas manifestaciones ya tienen acomodo en las concretas previsiones constitucionales, por lo que queda excluido el impreciso recurso a la cultura como título competencial"¹⁵.

Máis adiante este autor conclúe dicindo que "cabe afirmar que las competencias que, en régimen de concurrencia plena, comparten Estado y Comunidades Autónomas en materia de cultura no amparan, por sí mismas, intervención alguna en el campo del deporte"¹⁶.

c. A potestade estatal de gasto público

A posibilidade que o Estado ten de conceder subvencións a certos sectores ou actividades que sexan do seu interese matízase no seo dun Estado composto. A anterior liberdade enmárcase agora no respecto dos ámbitos competenciais autonómicos que poden verse afectados ou condicionados por aquela actividade incentivadora¹⁷. O Estado non pode esquivar cal sexa o concreto sector material obxecto do financiamento e en calquera relación xurídica subvencional ha de deixar a salvo a posibilidade de que as CCAA, ó exercitaren as súas competencias, orienten a súa acción de goberno en función dunha política de seu¹⁸.

O exercicio da potestade subvencional de gasto público quedou delimitado competencialmente entre o Estado e as CCAA do xeito establecido na STC 13/1992, f. x. 8.

Dos supostos alí contemplados son dous os que interesan en relación co deporte.

En primeiro lugar, cando a CA desempeña unha competencia exclusiva sobre unha materia en concreto e o Estado non invoca título competencial algún -xa xenérico, xa específico- sobre ela. Neste caso o Estado pode decidir asignar parte dos seus fondos orzamentarios a esas materias ou sectores. Pero, dunha parte, a determinación do destino das partidas orzamentarias correspondentes non pode facerse senón de maneira xenérica ou global, por sectores ou subsectores enteiros de actividade, sen ulteriores especificacións sobre o destino para cada axuda en concreto. Por outra parte, eses fondos han de integrarse coma un

recurso que nutre a Facenda autonómica, e consignarase nos Presupostos Xerais do Estado como transferencias correntes ou de capital ás CCAA, de xeito que a asignación dos fondos quede territorializada, de ser posible, nos mesmos Presupostos Xerais do Estado.

Un segundo suposto tamén pode ser de aplicación aquí. Prodúcese cando o Estado posúe un título competencial xenérico de intervención –a consideración do deporte como cultura, por exemplo– que se superpón á competencia exclusiva das CCAA sobre a materia, ou ben ten competencia sobre as bases ou a coordinación xeral dun sector ou materia, e correspóndelles ás CCAA as competencias de desenvolvemento normativo e de execución. Neste suposto, o Estado pode consignar subvencións de fomento nos seus Presupostos Xerais, especificando o seu destino e regulando as súas condicións esenciais de outorgamento ata onde o permita unha competencia xenérica, básica ou de coordinación, pero sempre que lles deixe unha marxe ás CCAA para concretar con maior detalle o seu destino ou afectación ou, polo menos, para desenvolver e complementa-la regulación das condicións de outorgamento das axudas e a súa tramitación. Ademais, a xestión destes fondos correspóndelles ás CCAA de xeito que non poden consignarse, por regra xeral, a favor dun órgano da Administración do Estado ou organismo intermediario desta. Trátase de partidas que deben territorializarse nos propios Presupostos Xerais do Estado se isto é posible ou nun momento inmediatamente posterior, mediante normas que fixen criterios obxectivos de repartimento ou mediante convenios de colaboración axustados ós principios constitucionais e á orde de distribución de competencias¹⁹.

Se se lle aplica esta doutrina ó caso do deporte pode pensarse, por exemplo, nunha orde estatal que, apoiándose na competencia xenérica de cultura, conceda subvencións para o fomento deportivo e que estas dotacións se orzamentasen por disposición exclusiva de instancias centrais reservándolles a estas tamén a súa xestión.

Nun suposto como o presentado deben distinguirse dous aspectos. A atribución estatal en materia de cultura contida no artigo 149.2 da Constitución faculta ó Estado para establecer nesta materia medidas subvencionais de fomento. Agora ben, esa facultade non o habilita para levar a cabo actos de xestión. É dicir, recoñecida esa posible acción estatal de fomento a competencia para tramitar e concede-las subvencións –como acto de xestión– correspóndelles ás CCAA, salvo casos excepcionais motivadamente xustificadas²⁰.

¹⁹ Cfr., a STC 68/1996, f. x. 13, tamén a STC 175/95, do 5 de decembro, f. x. 3, que se remite á STC 13/1992, f. x. 7 e 8b).

²⁰ A xestión centralizada por parte do Estado permítese excepcionalmente cando resulte imprescindible para asegura-la súa plena efectividade dentro da ordenación básica do sector e para garantir iguais posibilidades de obtención e de gozo por parte dos seus potenciais destinatarios en todo o territorio nacional, e evitar, ó mesmo tempo que se sobrepare a contía global dos fondos, que haxan de destinarse ó sector (STC 13/1992, f. x. 8).

Tal e como queda exposto, estas son as limitacións que debe respecta-la acción subvencional do Estado na materia deportiva. Unicamente nos ámbitos desta nos que poida invocar algún título pode determinar de forma máis concreta o destino e as condicións xerais das axudas en cuestión e esgotarse aí –salvo nos supostos excepcionais referidos anteriormente– a súa competencia. O poder de gasto do Estado e o seu señorío sobre os orzamentos queda, pois, modulado no actual Estado autonómico.

B. Afectacións puntuais

Coa regra competencial específica en materia de deporte concorren outros títulos distintos da mesma natureza provenientes doutros ámbitos materiais que, á súa vez, presentan unhas regras propias definidoras da súa competencia. En tales casos, e ante un conflito competencial que se presente, debe examinarse cál das regras concorrentes é a prevalente e, polo tanto, a aplicable. O Tribunal Constitucional debe realizar, polo tanto, como unha das súas primeiras tarefas a de “calificar” as materias, “determinar sempre, en efecto, a categoría xenérica de entre as referidas na Constitución e nos estatutos, á que primordialmente se reconducen as competencias controvertidas, posto que é esta a que fundamentalmente proporciona o criterio para a delimitación competencial” (STC 80/1985, do 4 de xullo).

Os títulos que concorren no deporte, e o estudo dos cales realizamos máis amplamente noutro lugar²¹, polo que unicamente se analizarán aqueles que agora se identifican na Lei do deporte de Galicia, outros, en cambio –como é o caso do título de relacións internacionais– quedan á marxe deste comentario. Así, poden citarse a violencia deportiva, a sanidade, titulacións deportivas, a investigación, o deporte de alto nivel e o asociacionismo deportivo.

a. Violencia deportiva

A prevención da violencia nos espectáculos deportivos pola súa conexión á “seguridade pública” é un título que xustifica a intervención estatal na materia deportiva²². Ó abeiro deste título a Lei estatal 10/1990, do 15 de outubro, do deporte, no seu título IX, ocúpase da prevención da violencia nos espectáculos deportivos²³.

Neste título IX están presentes as recomendacións do Consello Europeo sobre a violencia e a irrupción de espectadores con motivo de manifestacións deportivas e especialmente de partidos de fútbol que obriga ós firmantes “dentro de los límites de sus disposiciones constitucionales respectivas” a adoptar as medidas necesarias” co fin de previr e sufoca-la violencia e

²¹ Vid., G. BARRIO GARCÍA, *Réxime competencial do deporte. Análise xurídica do deporte en Galicia*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, especialmente páxs. 64-103.

²² A seguridade pública defínese na STC 133/1982, do 8 de xuño, como “a actividade dirixida á protección das persoas e dos bens (seguridade en sentido estricto) e ó mantemento da tranquilidade e da orde cidadá, finalidades ámbalas dúas inseparables e mutuamente condicionadas”.

²³ A realidade dos enfrontamentos e traxedias acontecidos como consecuencia de manifestacións deportivas obrigou ós poderes públicos a adoptar mecanismos de prevención desas situacións. Un exemplo disto é a creación –no artigo 60 da Lei 10/90– da Comisión Nacional contra a Violencia nos Espectáculos Deportivos; esta, compónena representantes da Administración do Estado, das comunidades autónomas, da local xunto coas federacións ou ligas profesionais máis afectadas –sobre todo fútbol e en menor medida baloncesto– asociacións de deportistas e por persoas de recoñecido prestixio expertas no ámbito do deporte e da seguridade. As funcións encomendadas a esta comisión detállanse no artigo 60.2 da lei do deporte, o denominador común nesa longa enumeración é o estudo, a prevención, a divulgación e a adopción de medidas de evitación de riscos e a concienciación cidadá co fin de previr-la realización de actos violentos.

as irrupcións de espectadores con motivo de partidos de fútbol²⁴. Tamén se tivo en conta o Dictame da Comisión Especial do Senado sobre investigación da violencia nos espectáculos deportivos con especial referencia ó fútbol²⁵.

O disposto neste alínea é de aplicación para tódalas CCAA con base no título lexitimador da seguridade pública, e admítense, non obstante, a existencia de policía autónomas encargadas de facelos cumprir²⁶.

A Lei galega no seu artigo 11 f) establece como competencia da Comunidade Autónoma de Galicia a de "aplica-las medidas necesarias para evita-la violencia no deporte" e fai expresa mención ós seus límites mediante a referencia que realiza á colaboración coa Administración do Estado.

b. Sanidade deportiva

A protección sanitaria dos deportistas e a loita contra a dopaxe deportiva tamén presentan unha problemática competencial. As referencias da Constitución á materia sanitaria permiten unha certa intervención autónoma nesta materia²⁷.

A sanidade deportiva é susceptible de incluírse no concepto de sanidade interior e, por isto, as CCAA poden desempeñar competencias neste ámbito²⁸. A Lei de Galicia –ó igual que as diferentes leis autónomas– fai referencia á proxección sanitaria dos deportistas. Así, o apartado f) do artigo 11 recolle esta posibilidade, enmarca nun contexto de colaboración co Estado, e concrétese posteriormente a acción pública no seu artigo 47.2.

A Lei do deporte do Estado, pola súa parte, dedícalle o seu título VIII ó "Control de substancias e métodos prohibidos no deporte e seguridade na práctica deportiva", concretamente nos seus artigos 56 a 58, nos que se lle encomenda ó Consello Superior de Deportes –para o que se teñen en conta os convenios internacionais²⁹– a elaboración e a determinación dunhas listas de substancias e grupos farmacolóxicos prohibidos e de métodos non regulamentarios. Neste ámbito tamén se crea a Comisión Nacional Antidopaxe, subordinada ó Consello, a composición e funcións da cal se recollen no artigo 57.2.

Apréciase, pois, cómo o Estado aínda sen dispor competencias deportivas *per se* pode incidir na materia deportiva apoiándose nas súas propias competencias que tamén se reflicten no deporte. O Estado non pode empregar-las títulos sanitarios para interferir nas accións autónomas de promoción deportiva con base en que o fomento do deporte é un medio de mellora da calidade de vida e a saúde dos españois. Isto suporía baleirar de contido a competencia de promoción do deporte asumido po-

²⁴ A data deste é do 19 de agosto de 1985, foi suscrito por España o 3 de febreiro de 1986, e foi ratificado o 22 de xuño de 1986. Lexislación do deporte. CSD e BOE, páx. 1027.

²⁵ Dictame da Comisión especial de investigación da violencia nos espectáculos deportivos, con especial referencia ó fútbol. Servicio de publicacións do Senado. Madrid 1990.

²⁶ A disposición adicional cuarta da Lei 10/1990 lembra que o disposto no título IX se dicta para os efectos do previsto no artigo 149.1.29 da Constitución.

²⁷ As referencias da Constitución en materia sanitaria son as seguintes: artigo 149.1.16: o Estado ten competencia exclusiva nas seguintes materias: (...) -Sanidade exterior. Bases e coordinación xeral da sanidade. Lexislación sobre produtos farmacéuticos. Artigo 148.1.21: as comunidades autónomas poderán asumir competencias nas seguintes materias: (...) Sanidade e hixiene.

²⁸ Sobre os conceptos de "sanidade interior" e "sanidade exterior", *vid.*, a STC 329/1994, do 15 de decembro, especialmente o seu f. x. 2º.

²⁹ O propio Consello Europeo preocupouse por este fenómeno da dopaxe e a súa repercusión nos mozos polo impacto social que adquire a través dos medios de comunicación. *Vid.*, a Resolución do 3 de decembro de 1990 relativa a una acción comunitaria de loita contra o doping, incluído o abuso dos fármacos, en particular do deporte.

Tamén a Resolución do 3 de febreiro de 1992 que reflicte a preocupación do Consello con respecto ós efectos nefastos das drogas sobre a saúde dos deportistas e o espírito da competición leal.

las CCAA. Pero si, e como se advirte, que lle está permitido intervir cando o obxecto e a finalidade das accións estatais sexan propiamente sanitarias e se relacionen co deporte. A prevención dos estimulantes é, pois, un exemplo desa concorrencia de títulos.

c. Titulacións deportivas

A Lei do deporte de Galicia dedícalle –ó igual que as súas homónimas doutras CCAA– un precepto á formación e á acreditación de técnicos deportivos. Nel reflíctense as limitacións competenciais. Restrínxense ó ámbito territorial de Galicia e faise expresa salvidade das competencias estatais.

En materia de titulacións o Estado ten competencia exclusiva na regulación das condicións de obtención, expedición e homologación de títulos académicos e profesionais, a teor do artigo 149.1.30³⁰.

O anterior non impide que as CCAA poidan desenvolver unha normativa propia con respecto disto. Na xurisprudencia do Tribunal Constitucional afirmase a irrelevancia constitucional respecto de certo tipo de titulacións que habiliten para o exercicio de actividades en ámbitos autonómicos:

“É así posible que, dentro do respecto debido ó dereito ó traballo e á libre elección de profesión ou oficio (art.35 CE), e como medio necesario para a protección de intereses xerais, os poderes públicos interveñan no exercicio de certas actividades profesionais, someténdoa á previa obtención dunha autorización ou licenza administrativa ou á superación de certas probas de aptitude. Pero a existencia de tales requisitos, autorizacións, habilitacións ou probas non é, de ningún xeito, equiparable á creación ou regulación dos títulos profesionais ós que se refire o artigo 149.1.30 CE, nin garda relación coa competencia que este precepto constitucional lle reserva ó Estado”³¹.

d. Investigación deportiva

Fóra do apartado de competencias, o título VI da lei refírese tamén no seu artigo 60 á formación e investigación deportiva. No fomento da investigación concorren tanto as comunidades autónomas coma o Estado, ó que se lle atribúe a coordinación da investigación científica e técnica.

A Lei 13/1986, do 14 de abril, regula a investigación de fomento e coordinación xeral da investigación científica e técnica.

A función de coordinación en materia investigadora que se lle encomenda ó Estado asegúrase por medio da creación da “Comisión Interministerial da Ciencia e Tecnoloxía” (CICET), que a integran representantes dos distintos ministerios con responsabilidades na materia e presídea o ministro de Educación e Ciencia. Outros órganos que considera a lei son o Consello

³⁰ A actual Lei do deporte estatal ocúpase da cuestión no seu artigo 55: “O Goberno, por proposta do Ministerio de Educación e Ciencia, regulará as ensinanzas dos técnicos deportivos, segundo as esixencias marcadas polos distintos niveis educativos, así como as condicións de acceso, programas, directrices e planos de estudio que se establezan.

A formación dos técnicos deportivos poderá levarse a cabo en centros recoñecidos polo Estado ou, no seu caso, polas comunidades autónomas con competencias en materia de educación, así como polos centros docentes de ensinanza militar en virtude dos convenios establecidos entre os ministerios de Educación e Ciencia e Defensa.

As condicións para a expedición de títulos de técnicos deportivos estableceráas o Ministerio de Educación e Ciencia.

As ensinanzas ás que se refire o presente artigo terán valor e eficacia en todo o territorio nacional.

As federacións deportivas españolas que impoñan condicións de titulacións para o desenvolvemento de actividades de carácter técnico, en clubs que participen en competicións oficiais deberán aceptar as titulacións expedidas polos centros legalmente recoñecidos”.

³¹ Cfr., STC 118/1996, do 27 de xuño f. x. 24.

Asesor para a Ciencia e a Tecnoloxía e o Consello Xeral da Ciencia e da Tecnoloxía.

Sobre esta materia o Tribunal Constitucional pronunciouse do seguinte xeito³²:

“O fomento da investigación científica e técnica é, como determinado en razón dun fin, susceptible de ser utilizado respecto de calquera xénero de materias con independencia de cal sexa o titular da competencia para a ordenación destas. Doutro xeito, en efecto, pola simple sustracción das materias sobre as que as comunidades autónomas adquiriron competencias o título competencial que se reserva o Estado, como competencia exclusiva, o fomento da investigación científica e técnica quedaría, como di o avogado do Estado, baleirado de todo contido propio, sen que caiba restrinxir de ningún modo o concepto de «fomento da investigación» ó apoio de actividades directamente conducentes a descubrimentos científicos ou avances técnicos, pois tamén a divulgación dos resultados obtidos é, sen dúbida, un medio de fomentar e de coordinar-la investigación”.

e. Deporte de alto nivel

As CCAA poden regular tamén o deporte de alto nivel dentro do seu ámbito territorial e de competencias. Neste sentido, a Lei do deporte de Galicia no seu artigo 47.3 refírese a estes deportistas, aínda que non determina nin define esta categoría deportiva. Segundo o artigo 50 da Lei 10/90 caracterízase porque “permite unha confrontación deportiva coa garantía dun máximo rendemento e competitividade no ámbito internacional”. Este tipo de deporte “considérase de interese para o Estado, en tanto que constitúe un factor esencial no desenvolvemento deportivo, polo estímulo que supón para o fomento do deporte base, en virtude das esixencias técnicas e científicas da súa preparación e pola función representativa de España nas probas ou competicións deportivas oficiais de carácter internacional” (art. 6.1). A estes deportistas procuraránselles “os medios necesarios para a preparación técnica e o apoio científico e médico dos deportistas de alto nivel, así como a súa incorporación ó sistema educativo e a súa plena integración social e profesional” (art. 6.2), establecendo o artigo 53 as medidas concretas de aplicación.

A selección destes deportistas atenderá a uns criterios tales como “clasificacións obtidas en competicións ou probas deportivas internacionais, a situación do deportista en listas oficiais de clasificación deportiva, aprobadas polas federacións internacionais correspondentes, condicións especiais de natureza técnico-deportiva verificadas polos organismos deportivos.” (art. 52).

³² STC 53/88, do 24 de marzo.

A Lei de Galicia prevé unha coordinación coa Administración estatal para a promoción e o apoio ó deporte de alto nivel no seu ámbito territorial propio para o que establece programas de preparación conxuntos para coordina-la asignación de beneficios e axudas³³. Por esta concorrencia, a referencia ó apoio do deporte de elite no marco autonómico debe atender especialmente ó que non presenta un carácter profesional, como acontece con frecuencia no deporte feminino.

A actuación das CCAA é de apoio a estes deportistas considerando esta cualificación como mérito avaliable tanto para as probas de selección para as prazas relacionadas coa actividade deportiva correspondente –como pode se-lo acceso ós INEF–, coma nos concursos para a provisión de postos de traballo relacionados con aquela actividade. No ámbito da función pública é onde esta previsión cobra a súa eficacia e se recolle o establecido na Lei estatal do deporte ó abeiro do artigo 149.1.18 sobre a competencia do Estado para defini-las bases do réxime xurídico das administracións públicas onde se insire aquilo que se relacione coa función pública, como acontece neste caso.

Tamén se recolle a posibilidade dunha cualificación propia de deportistas de alto nivel no ámbito de Galicia.

f. Asociacionismo deportivo

O asociacionismo deportivo conéctase directamente co dereito fundamental de asociación recoñecido no artigo 22 da Constitución. O seu apoio nun dereito fundamental de primeiro nivel ten unha incidencia especial, en canto o artigo 149.1.1 lle outorga competencias ó Estado para asegura-la igualdade das condicións xurídicas básicas entre tódolos españois.

A xurisprudencia do Tribunal Constitucional matizou o alcance competencial propio do establecemento das condicións básicas ás que se refire este precepto. Non é sinónimo de bases ou de lexislación básica para garanti-la igualdade no exercicio dos dereitos fundamentais, nin tampouco se identifica co contido esencial dos dereitos. O artigo 149.1.1 “non vén a ser un traxunto, no plano competencial, do artigo 14 da Constitución española que, polo demais, vincula a tódolos poderes públicos”. Este título estatal non representa, pois, unha sorte de prohibición para o lexislador autonómico dun trato diverxente e desproporcionado respecto da lexislación estatal”, (cfr., STC 61/1997, do 20 de marzo, f. x. 7).

O asociacionismo deportivo, en canto forma especial e modalidade de asociación, pode ser regulado por lei ordinaria, sempre que esta respecte o seu contido esencial e tamén o propio da lei orgánica que sobre este dereito fundamental se dicte³⁴. Res-

³³ Cfr., os artigos 3.5 e 47.3.

³⁴ Cfr., a STC 67/1985

pectando ese mínimo constitucional as CCAA poden regula-lo sector das asociacións deportivas autonómicas como realiza o artigo 10 da Lei de Galicia.

4. Os instrumentos de colaboración interadministrativa

A lei emprega en numerosas ocasións as expresións colaboración, coordinación ou cooperación cando se refire ás relacións entre administracións públicas competentes en materia deportiva e, mesmo, coas asociacións deportivas.

A idea central que subxace baixo estas expresións é a de favorecer unha aplicación normativa sen conflitos procurando que os interesados se involucren e participen –logo sinalará en qué grao– no deseño e execución da política deportiva. É mostra, ademais, da preferencia das administracións públicas por unhas técnicas de intervención afastadas do establecemento unilateral de medidas dada a maior vocación arbitral e de composición de intereses que adoitan caracterizalas actualmente.

A colaboración –nunha primeira aproximación– pode concibirse coma o deber de tódalas administracións públicas de ponderar e de respectar, nas súas respectivas actuacións, a totalidade dos intereses públicos implicados e, en concreto, os intereses particulares e lexítimos, a xestión dos cales lles estea encomendada ás demais administracións públicas³⁵.

A formulación abstracta de tales principios necesita unha posterior plasmación concreta para a súa efectividade. Esta aplicación real debe producirse, polo tanto, en preceptos singulares que se refiran ás relacións da Administración con outros suxeitos implicados na materia deportiva. O seu alcance tamén vén determinado pola técnica que se utilice pois, aínda que se utilicen como sinónimos, os termos arriba aludidos non presentan un mesmo significado. Esta falta de contido unívoco fai que sexa preciso realizar unhas precisións terminolóxicas.

A colaboración alude ó principio rector que debe presidir as relacións interadministrativas. O principio xeral de colaboración é o que ha de informar tódalas relacións entre administracións públicas e constitúe un deber recíproco de tódolos poderes públicos. A materialización deste principio pode producirse a través de distintas vías ou técnicas de relación como o auxilio, a cooperación ou a coordinación. Dentro deste principio e como técnica para facelo efectivo a *cooperación* caracterízase pola voluntariedade da súa realización. A *coordinación*, en cambio, supón un certo poder de dirección que precisa dunha habilitación competencial para o seu establecemento.

³⁵ Cfr., o artigo 55 da Lei de bases de réxime local, o contido da cal reitera o artigo 4 da Lei 30/1992, do 26 de novembro de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común. Pola súa parte, a Lei de réxime local de Galicia faise partícipe desta declaración empregándoa para defini-la colaboración (cfr., o seu artigo 193.2 alínea a). Na alínea b) deste mesmo precepto continúaase coa definición do que se entende por colaboración e engade "o traballo en común para a solución daqueles problemas, tamén comúns, que se puidesen presentar máis alá do concreto repartimento competencial nos sectores da acción pública".

No marco dun deber xeral de respecto e lealdade na actuación de cada Administración pública en relación coas demais, a cooperación supón o exercicio mancomunado ou coexercio de competencias en réxime de igualdade. O trazo característico da coordinación é, sen embargo, a imposición unilateral e coercitiva a outro ente. Así o expuso o TC³⁶:

“... se ben tanto unhas coma outras técnicas -coordinación e cooperación- se orientan a flexibilizar e a prever disfuncións derivadas do propio sistema de distribución de competencias, aínda que sen alterar en ningún dos casos a súa titularidade e o exercicio das competencias propias dos entes en relación, o certo é que as consecuencias e os efectos dunhas e doutras non son equiparables: a voluntariedade no caso da cooperación, fronte á imposición no da coordinación, xa que toda coordinación envolve un certo poder de dirección, consecuencia da posición de superioridade en que se atopa o que coordina fronte ó coordinado (...) o que explica e xustifica que, dende o punto de vista potencial, distintas sexan as posibilidades de poñer en marcha unhas e outras fórmulas”.

A concreta técnica aplicable depende, polo tanto, da natureza das competencias que concorran; así, nos “casos de competencias exclusivas sobre un mesmo ámbito competencial, as competencias estatais e autonómicas están situadas nun plano de paralelismo e a técnica axeitada é a cooperación, que se define pola voluntariedade, en lugar de pola coordinación, que supón un certo poder de dirección, consecuencia da posición de superioridade na que se atopa o que coordina con respecto ó coordinado”³⁷.

A coordinación, sen embargo, non pode confundirse con xerarquía. O coordinado mantén tanto a titularidade como o exercicio das súas competencias que se ven limitadas pero non substituídas pola vontade de quen coordina. “Os medios e técnicas de coordinación –di o Tribunal Constitucional– deben respectar unha marxe de libre decisión ou discrecionalidade a favor das administracións suxeitas a ela, sen o cal non pode existir verdadeira autonomía”³⁸.

A coordinación, nunha definición xeral e clásica do TC “persegue a integración da diversidade das partes ou subsistemas no conxunto do sistema, así evita contradicións e reduce disfuncións que, de subsistiren, impedirían ou dificultarían respectivamente a realidade do sistema”. Así caracterizada, “a coordinación xeral debe ser entendida como a fixación de medios e de sistemas de relación que fagan posible a información recíproca, a homoxeneidade técnica en determinados aspectos e a acción conxunta das autoridades (...) estatais e comunitarias no

³⁶ Cfr., a STC 214/1989, f. x. 20 f).

³⁷ Cfr., STC 118/1996, do 27 de xuño, f. x. 66.

³⁸ Cfr., STC 27/1987.

exercicio das súas respectivas competencias, de tal xeito que se logre a integración de actos parciais na globalidade do sistema”.

Pola incidencia competencial da coordinación esta debe xustificarse en cada suposto de aplicación. A lexislación básica de réxime local determina que procede a coordinación das competencias das entidades locais entre si e, especialmente, coas das restantes administracións públicas cando as actividades ou servizos locais transcendan o interese propio das correspondentes entidades, incidan ou condicionen relevantemente as das ditas administracións ou sexan concorrentes ou complementarias das destas³⁹. Así, a recente lei galega de réxime local restrinxe a coordinación cando os mecanismos de cooperación voluntaria non permitan asegura-la actuación das distintas administracións públicas ou se estas son inadecuadas en función das características da tarefa pública de que se trate.

A Lei do deporte, en cambio, non distigue claramente estes conceptos. Neste sentido a colaboración emprégaa en sentido xenerico (art. 3.5) e non a refire unicamente ás relacións interadministrativas (art. 4). Non obstante, en preceptos concretos utilízase con maior propiedade estas categorías xurídicas. Un exemplo pode verse no artigo 9 ó dicir “corresponderalle á Administración deportiva da Comunidade Autónoma de Galicia (...) a coordinación e a cooperación coa Administración do Estado e coas corporacións locais en materia deportiva”. Tamén o artigo 12.1 lles impón ás deputacións provinciais a “coordinación cos programas xerais da Comunidade Autónoma” nos seus labores de fomento deportivo.

Dentro da coordinación e como técnica funcional máis relevante se atópase a elaboración de plans e programas de actuación por parte da Administración autonómica. A planificación sectorial deportiva é, pois, un típico exemplo de coordinación que está presente na Lei do deporte galega cando fai mención ó Plan xeral de instalacións e equipamentos deportivos⁴⁰.

No contexto da cooperación é, en cambio, onde debe enmarcarse a previsión que realiza a lei respecto dos convenios de colaboración, no seu artigo 9.3.

En canto a estes instrumentos negociais de relación déixase unicamente aberta a posibilidade da súa existencia sen que se detallan nin o seu réxime xurídico nin o seu contido ou as materias sobre as que poidan recaer. Trátase unicamente de establecer unha habilitación legal dunha práctica que é común á Administración en xeral e tamén á deportiva. As indefinicións e as ambigüidades sobre a súa natureza xurídica –pola inexistencia dun réxime xurídico preciso e as dificultades para o seu control

³⁹ Cfr., o artigo 10.2 da Lei de bases de réxime local.

⁴⁰ Cfr., o seu artigo 56.

e coñecemento público- son comúns, polo demais, a outros ámbitos da actividade administrativa e inclúen a materia deportiva. A súa finalidade é a de alcanzar unha maior eficacia na xestión e na prestación de servicios ós que se refiren e o seu obxecto, respecto dos convenios que asine a Administración autonómica coas corporacións locais, defínese agora na Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia.

Mediante a súa formalización as partes poderán coordinar as súas políticas de fomento dirixidas a un mesmo sector, distribuí-las subvencións outorgadas por unha delas con referencia ó ámbito territorial ou á poboación doutra, executar puntualmente obras ou servicios de competencia dunha das partes, compartirlas sedes, locais ou os edificios necesarios para o desenvolvemento de competencias concorrentes, ceder e aceptar a cesión de uso dos bens patrimoniais, desenvolver actividades de carácter prestacional e adapta-las medidas oportunas para alcanzar calquera outra finalidade de contido análogo ás anteriores⁴¹.

Respecto do seu contido obrigacional haberá que estar ó clausulado concreto de cada convenio, e seranlle de aplicación as limitacións globais de irrenunciabilidade ou de indispoñibilidade das competencias propias. A Lei de réxime local de Galicia establece un contido mínimo que debe figurar nos instrumentos de formalización dos convenios⁴².

Outros principios ós que alude a lei son o de *descentralización* que adoita equipararse no texto en preceptos concretos coa colaboración e tamén o principio de *eficacia*.

A descentralización alude ó proceso de transferencia de competencias da Administración autonómica a favor dos concellos e deputacións naqueles servicios nos que a súa prestación por estes entes redunda nun mellor servicio ó cidadán. As vías nas que se concreta a descentralización son as de transferencia, delegación e encomenda de xestión, da cal o réxime xurídico se detalla na Lei de réxime local de Galicia⁴³. A descentralización á que se refire a Lei do deporte tamén pode producirse na súa vertente funcional, procurando un achegamento da Administración ós cidadáns para que estes poidan participar na toma de decisións que lles afecten. A referencia da lei, nembargantes, é xenérica sen imposicións concretas á Administración deportiva para que se aplique este principio.

Coa mención destes principios trátase de levar a efecto a obriga constitucional contida no artigo 103.1 de eficiencia na prestación dos servicios públicos e conduce a unha racionalización administrativa e á visión vicarial da Administración. Esta

⁴¹ Cfr., o seu artigo 198.2.

⁴² Segundo o seu artigo 199, ademais de que cada convenio vaia acompañado dunha memoria na que consten os antecedentes, as razóns de oportunidade e os obxectivos perseguidos coa súa formalización, deberá facerse mención a:

■ Os órganos que subscriben o convenio.

■ A competencia que exerce cada Administración.

■ O seu financiamento.

■ Definición dos mecanismos de asistencia técnica, coordinación ou actuación conxunta para facelos efectivos.

■ A necesidade de establecer ou non unha organización para a súa xestión.

■ O prazo de vixencia, posibilidades de prórroga, mecanismos de denuncia ou solución de controversias.

■ Causas de extinción e forma de determina-las actuacións en curso en caso de extinción.

⁴³ *Id.*, título IV da lei, artigos 171 a 186.

non asume senón que serve con obxectividade ós intereses xerais. Como antes se dixo, a formulación destes principios necesita unha plasmación real na actividade e na práctica administrativa que deberá ser coherente coa filosofía que latexa baixo eses principios e que inspira a lei.

5. As competencias dos entes locais

Existe unha práctica unanimidade entre tódolos autores en atribuírle á Administración local as maiores responsabilidades no fomento e na xestión da actividade deportiva. En canto Administración máis próxima ó cidadán é coñecedora das carencias de instalacións e servicios deportivos que sofre este e tamén –por esa proximidade– quen primeiro recibe as críticas pola súa falta.

A Constitución garántelles ás entidades locais unha autonomía para a xestión dos seus intereses –artigo 137–, pero non especifica un conxunto de competencias propias que cun carácter propio lle correspondan. A configuración das súas competencias atribúeselle ó lexislador ordinario tendo en conta que deberá respecta-los termos da autonomía constitucionalmente garantida e a preservación mesma das entidades locais como institucións socialmente recoñecidas, o que se coñece como garantía institucional.

Por definición, a garantía institucional non asegura un contido concreto ou un ámbito competencial determinado e fixado dunha vez por todas, senón a preservación dunha institución en termos recognoscibles para a imaxe que dela ten a conciencia social en cada tempo e lugar. A dita garantía é descoñecida cando a institución é limitada de tal modo que é privada practicamente das súas posibilidades de existencia real como institución para converterse nun simple nome⁴⁴.

Nesta materia correspóndelle polo tanto ó lexislador estatal fixa-las bases (art.149.1.18) e ó autonómico o detalle. En palabras do TC⁴⁵:

“Como titulares dun dereito de autonomía constitucionalmente garantida, as comunidades locais non se poden deixar, no que toca á definición das súas competencias e á configuración dos seus órganos de Goberno, á interpretación que cada comunidade autónoma poida facer dese dereito, tanto máis canto que este non vai acompañado, como noutros ordenamentos acontece, dun dereito de carácter reaccional, que eventualmente, lles abra unha vía perante a xurisdicción constitucional fronte ás normas con rango de lei”.

Por todo isto, o Tribunal Constitucional establece que a “garantía constitucional é de carácter xeral e configuradora dun mo-

⁴⁴ Cfr. STC 32/1981, do 28 de xullo.

⁴⁵ En doutrina reiterada dende a Sentencia do Tribunal Constitucional 32/1981, do 28 de xullo, ata outras máis recentes como por exemplo a 214/1989, do 21 de decembro.

delo de Estado, e iso conduce, como consecuencia obrigada, a entender que lle corresponde a aquel a fixación de principios ou criterios básicos en materia de organización e de competencia”.

As corporacións locais teñen, pois, garantido constitucionalmente, aínda de forma indeterminada, un núcleo mínimo de competencias. Respectando ese núcleo mínimo, o seu contido pode ser ampliado pola lexislación autonómica ou restrinxido –sempre que non se produza unha afectación substancial daquel– polas operacións de redistribución competencial que leve a cabo a CA. O límite último constitúeo o respecto da autonomía local.

A. As competencias deportivas das provincias

O artigo 12 da lei detalla as funcións que lles corresponden ás provincias. A perspectiva que se empregou na súa determinación obedece a un marco de relación definido entre a Administración autonómica e a provincial e non tanto ás vinculacións propias da provincia cos municipios. Unicamente na súa alínea sexta se cita a competencia provincial de “colaborar cos concellos na promoción e no fomento da actividade deportiva”. Nos demais apartados –con exclusión da cláusula de habilitación xenérica que se introduce no seu último epígrafe– a conexión fundamental é a provincial coa Administración autonómica.

Se se afonda nas funcións concretas, estas son:

- “Fomentar, promover e difundir a actividade deportiva no seu ámbito territorial, co fin de facilitar ó máximo a realización de actividades deportivas, en coordinación cos programas xerais da CA. Participar na elaboración e na execución dos programas xerais da Administración deportiva autonómica que teñan por obxecto a construción e a mellora das instalacións deportivas de uso público”.

Os termos de fomentar, promover, etc., indican meridianaamente cal é o obxecto desta función. Trátase de que a deputación leve a cabo o mandato constitucional relacionado co deporte mediante accións públicas de incentivo. Este labor, non obstante, debe realizalo en coordinación coa Administración deportiva autonómica que diseña a política deportiva rexional.

Na definición desta política –fundamentalmente por medio de programas ou plans de actuación– é necesario contar coa participación das deputacións. As súas funcións de asistencia ós municipios dependerán de tal e como se formule a dita política e condicionará a súa actuación e os plans provinciais que a deputación debe redactar.

Aínda que non existe ningunha previsión legal sobre os principios que deben rexer na elaboración dos plans deportivos au-

tonómicos o de *participación* –entendido como colaboración activa e voluntaria das administracións territoriais, e que inclúe como presuposto necesario un dereito de información⁴⁶– debe ser un dos principios xerais que o caractericen. Por iso, as alegacións que realicen as deputacións se deberán ter en conta especialmente en conta no momento da aprobación destes plans⁴⁷.

Xunto ó de participación os principios nos que se deben fundamenta-los instrumentos de planificación deportiva deben ser o de *complementariedade*, entre as distintas accións de desenvolvemento deportivo; o de *adicionalidade*, mediante a suma de esforzos financeiros entre as administracións e os axentes socioeconómicos implicados; o de *coordinación* das accións entre as distintas administracións e asociacións deportivas; a *descentralización*, co fin de procurar unha maior eficacia na distribución de accións e o de *flexibilidade*, tanto no deseño como na aplicación dos plans unido a un *seguimento* continuo.

A súa plasmación normativa así como a dos seus obxectivos, estrutura e contido específico (programación, procedemento de aprobación, efectos, vixencia, órganos de coordinación, etc.) deberá detallarse en vía regulamentaria á luz dos principios arriba mencionados.

En todo caso, importa subliñar que a elaboración dos programas e plans xerais da CA que se elaboren como instrumentos básicos de coordinación se desenvolvan conforme ós principios que especifica a lei –colaboración, descentralización e eficacia– e ós apuntados anteriormente, para evitar que criterios de política oportunista e conxuntural frustren deseños técnicos realizados a teor das necesidades deportivas reais.

■ “Coordinar dentro do programa xeral da Administración autonómica a utilización das instalacións deportivas públicas de titularidade provincial.

■ Exercer cantas funcións e competencias lle estean atribuídas en virtude da normativa estatal, desta lei e das normas que a desenvolvan, así como tódalas que lle poden ser transferidas ou delegadas, dentro dos programas xerais aprobados pola Administración autonómica.

■ Executar, se é o caso, por delegación os programas xerais que na materia obxecto desta lei aprobe a Administración autonómica correspondente ó seu ámbito territorial”.

Estes preceptos fan referencia a dúas situacións distintas. A primeira refírese ó exercicio das competencias propias, onde o criterio que rexe é o de autonomía. Distinto é, sen embargo, o caso das competencias que sexan transferidas ou delegadas. Aquí alúdese a supostos diferentes, suxeitos a un réxime xurídico

⁴⁶ Vid., neste sentido, o artigo 26 da Lei do deporte do País Vasco.

⁴⁷ A lei valenciana do deporte sinala no seu artigo 56 cál é o obxecto do Plan director de instalacións deportivas e a formulación do cal é trasladable á lei galega. Así, “terá por obxecto delimita-la infraestrutura deportiva básica financiada con fondos públicos que se realizan durante a vixencia do plan no ámbito da Comunidade valenciana, e establecerá a súa situación xeográfica e as súas características técnicas, en función de módulos de poboación, número de usuarios, situación, clima, instalacións existentes e aqueloutros parámetros que se consideren necesarios. Así mesmo, determinará o programa de financiamento, establecendo os investimentos que achegarán os diferentes entes públicos implicados, en función das etapas preestablecidas para a súa execución”. En igual sentido, o artigo 52 da Lei do deporte de Cataluña concreta as determinacións do seu Plan director de instalacións e equipamentos deportivos incluíndo: a) Os estudos e os plans de información e a estimación de recursos dispoñibles; b) A memoria explicativa do plan coa definición das actuacións territoriais prioritarias con relación ós obxectivos perseguidos e ás necesidades e ó déficit territorializados; c) O estudo económico e financeiro da valoración das actuacións territoriais prioritarias e de carácter ordinario; d) Os plans e as normas técnicas que definan e regulen as actuacións.

tamén distinto. Actualmente, este contense na Lei de Administración local de Galicia.

- “Colaborar cos concellos na promoción e no fomento da actividade deportiva, en especial no deporte en idade escolar”.

A colaboración cos concellos é, precisamente, a competencia máis típica e propia das deputacións provinciais. Esta competencia, ademais, no caso de Galicia sublíñase en canto á dispersión dos núcleos de poboación, e a multiplicación de entidades locais menores dificulta –polas súas reducidas posibilidades financeiras e técnicas– presta-los servizos deportivos e agudiza as necesidades e carencias deportivas. Por iso, non é de estrañar que neste ámbito florezan tódalas posibilidades de agrupación e mancomunidades de municipios como medio para desenvolver colectivamente as prestacións deportivas.

Noutro lugar⁴⁸ postulabámo-la conveniencia dunha comarcalización deportiva ou da creación de mancomunidades de municipios para que, agrupada e coordinadamente, se prestasen de forma efectiva os servizos deportivos municipais mediante técnicas de cooperación e de xestión conxunta⁴⁹. Con isto quería facer mención, precisamente, ó que agora se aludía. A proposta das comarcas facíase dentro dun contexto propicio nese momento para un desenvolvemento comarcal que posteriormente se produciu mediante a Lei 10/1996, do 10 de xullo, do Parlamento de Galicia sobre desenvolvemento comarcal.

Propoñíase a comarca en canto modelo de articulación do territorio máis axeitado á propia realidade xeográfica, cultural e socioeconómica existente. “Galicia –dise na exposición de motivos desta lei– posúe unha serie de características que inducen a pensar en que, para a implantación dun proceso de desenvolvemento integrado e descentralizado (...), a área comarcal é o ámbito máis axeitado”.

Ante a necesidade de dotacións infraestruturais é preciso unha racionalización, mediante a concentración dos investimentos en determinados puntos do territorio que posibilite un mellor aproveitamento destas. Ademais –era unha circunstancia á que aludiamos naquel momento e que agora se recolle na Lei de comarcas– existe un *arraigamento* do concepto de comarca como feito histórico e socialmente aceptado. Circunstancia esta última que é de especial relevancia cando ante a dispersión territorial se procura aproxima-la poboación ós servizos que, por outra parte, lexitimamente demanda. A aceptación do feito comarcal favorece que unha dotación de infraestruturas deportivas con ese ámbito sexa tamén comprendida e asumida polos cidadáns.

⁴⁸ Vid., BARRIO GARCÍA, *op. cit.*, páx. 117 e seguintes.

⁴⁹ A Lei do deporte de Aragón crea os centros de coordinación deportiva nos que se procura un exercicio coordinado e descentralizado no fomento do deporte, tanto por administracións públicas como por axentes privados. Estes centros defínense como “ámbitos funcionais de actuación de carácter inframunicipal, municipal ou supramunicipal e que se alcanzan este último ámbito, se denominan “servizos comarcais de deportes”. Cfr., o seu artigo 9.

Por outro lado, a descentralización é un dos principios que vai caracteriza-lo exercicio das competencias segundo a Lei do deporte de Galicia. Esta descentralización verase dificultada, cando non vai ser imposible que se produza, ó existir un grande número de concellos illados que non dispoñen dunha capacidade operativa suficiente para levar a cabo as tarefas que lle transifiran ou deleguen.

A Lei galega do deporte non se refire especificamente a unha ordenación do territorio que contribúa a corrixi-los desequilibrios territoriais existentes en materia de infraestructuras deportivas. Non obstante, o Plan xeral de instalacións e de equipamentos deportivos que se recolle no capítulo segundo do seu título quinto, debe se-lo instrumento corrector deses desequilibrios e o seu ámbito de actuación será conveniente que se conciba dende unha perspectiva comarcal ou de agrupación municipal, co fin de alcanzar un desenvolvemento territorial homoxéneo e equilibrado.

■ “Calquera outra actuación que redunde en beneficio do desenvolvemento deportivo local, comarcal ou provincial”.

O último precepto preséntase como unha cláusula de habilitación xenérica que permitan a realización de certas actividades provinciais que non atopan acomodo nas outras cláusulas do artigo 12. Tamén destaca a única referencia que se lle realiza ó desenvolvemento deportivo “comarcal”, que enlaza co dito anteriormente sobre unha intermediación entre o órgano provincial e o local⁵⁰.

B. Competencias dos concellos

Sinalábase anteriormente, en xeral, a natureza de proximidade e achegamento da Administración local e dos cidadáns e as consecuencias que isto supón no plano do exercicio da actividade administrativa. Esta situación sublíñase máis no caso dos concellos en canto banzo administrativo no que se desenvolve un contacto máis directo cos veciños⁵¹.

A Lei de bases de réxime local ó garantir como básica a autonomía local establecendo unha esfera municipal indispoñible limitouse a establecer un núcleo mínimo e irreductible de competencias deportivas a favor dos entes locais. En todo caso, ademais desas previsións mínimas, debe reiterarse aquí o contido do seu artigo 2 que reafirma a autonomía municipal⁵².

As competencias municipais definíronse na súa vertente concreta centrándose na dispoñibilidade de instalacións deportivas de uso público para os veciños en canto soporte material das actividades físico-deportivas. O seu artigo 25.2.m) atri-

⁵⁰ No mesmo sentido o artigo 118 d) da Lei de Administración local de Galicia.

⁵¹ En expresión da lei valenciana do deporte ó referirse ó ineludible protagonismo dos entes locais “como entes próximos ós anhelos e desexos dos cidadáns”.

⁵² Hai que ter en conta o artigo 2.1 da Lei de bases de réxime local, conforme ó cal deberán asegurarlles ós municipios, provincias e illas o seu dereito a intervir en cantos asuntos afecten directamente ó círculo dos seus intereses, atribuíndo as competencias que proceda en atención ás características da actividade pública que se trate e á capacidade de xestión da entidade local, de conformidade cos principios de descentralización e de máxima proximidade da xestión administrativa ós cidadáns.

búelles ós municipios “nos termos da lexislación do Estado e das CCAA” competencia en materia de “actividades e de instalacións deportivas”, e impón como prestación municipal mínima no seu artigo 26.1.c) para os municipios de máis de 20.000 habitantes a prestación do servizo de “instalacións deportivas”. Mandato legal que se caracteriza polas referencias á instalación deportiva e que debe abarcala construción, a xestión e o mantemento e mellora delas, sen que, por isto, se esgote o seu contido.

O artigo 13 da lei galega do deporte establece as funcións que lles corresponden ós concellos.

Reitérase aquí, cinxida á competencia municipal a mesma obrigación de fomento do deporte co fin de cumprilo disposto no artigo 43.3 da Constitución, en canto “principio rector da política social e económica” que se lle atribúe ó fomento da actividade deportiva. O carácter normativo de tales principios –actualmente indiscutido– non outorga, por isto, unha natureza de dereito esixible ó precisar unha interposición lexislativa para cobrar tal natureza. A lexislación de réxime local, sen embargo, determina as obrigas municipais mínimas ou de prestación obrigatoria entre as que se inclúen as deportivas que son o fundamento do “servizo deportivo municipal”. Así, se denomina a actividade de promoción deportiva do concello empregando a terminoloxía do artigo 85.1 da LBRL que entende por servizos públicos locais cantos tendan á consecución dos fins sinalados como competencia das entidades locais.

Non obstante, máis que un servizo público é en realidade unha técnica máis das moitas de fomento, que non alcanza na maioría das ocasións, e polas esixencias que isto implica, as características propias e definidoras do servizo público. Como acertadamente di A. García⁵³ “para que haxa un auténtico servizo deportivo municipal esíxese, como mínimo que, xunto ó practicante deportivo e á instalación, haxa un equipo máis ou menos técnico que lle permita lle ó practicante levar adiante a súa actividade con plenas garantías de maximización dos rendementos da súa propia actividade, así como dos rendementos da instalación”. Non basta con que se constrúa unha instalación e logo se adopte unha postura de natureza policial de ordenación de usos co simple control e vixilancia dela, senón que cómpre unha programación e desenvolvemento de actividades deportivas e doutras apareladas a ela, adestradores, control médico, cursos de iniciación, mantemento, etc. En todo caso, as corporacións locais teñen plena potestade para constituír, organizar, modificar e suprimi-los servizos da súa competencia.

⁵³ *Op.cit.*, páx. 1415.

Polas características propias do municipio, o fomento deportivo que desenvolvan debe atender especialmente a determinadas colectividades. O deporte na idade escolar, o deporte para todos –entendido como aquel que xorde de iniciativas sociais espontáneas⁵⁴– ou o deporte base, mediante a posta en marcha de escolas deportivas municipais⁵⁵, constitúen típicos campos de acción municipal.

Por outra parte, poden existir actuacións municipais autónomas no fomento do deporte. A expresión última da alínea primeira “nos termos da lexislación vixente e desta lei” debe interpretarse nun sentido amplo favorecedor das iniciativas municipais que beneficie o desenvolvemento e o exercicio da actividades deportivas. Apoia esta tese o artigo 25 da Lei de bases de réxime local: “O municipio, para a xestión dos seus intereses e no ámbito das súas competencias, pode promover toda clase de actividades e prestar cantos servicios públicos contribúen a satisfacer-las necesidades e as aspiracións da comunidade veciñal”.

Tamén debe asegurarse que a transferencia de medios necesarios para executar correctamente as competencias que se lle transfiran sexan suficientes.

Respecto da existencia de instalacións deportivas é o criterio que rexe para valora-lo cumprimento das obrigacións municipais mínimas que se definen, como vimos, en función daquelas. Os concellos que superen os mínimos poboacionais establecidos na Lei de bases de réxime local –que non se reducion na lexislación galega⁵⁶– deben construí-las instalacións esixidas. De aí a importancia das deputacións no apoio dos municipios, ós que cumpri-las ditas obrigacións lles pode supor grandes esforzos dado o exíguo dos seus recursos, e tamén que a planificación de instalacións que vai levar a cabo a Administración autonómica conte con estas necesidades locais. Precisamente, esta é a razón pola que anteriormente se propugnaba a comarcalización ou agrupación municipal como modo de estende-la prestación municipal obrigatoria do servicio de “instalacións deportivas” ós municipios de menos de 20.000 habitantes que non son os máis frecuentes na xeografía de Galicia.

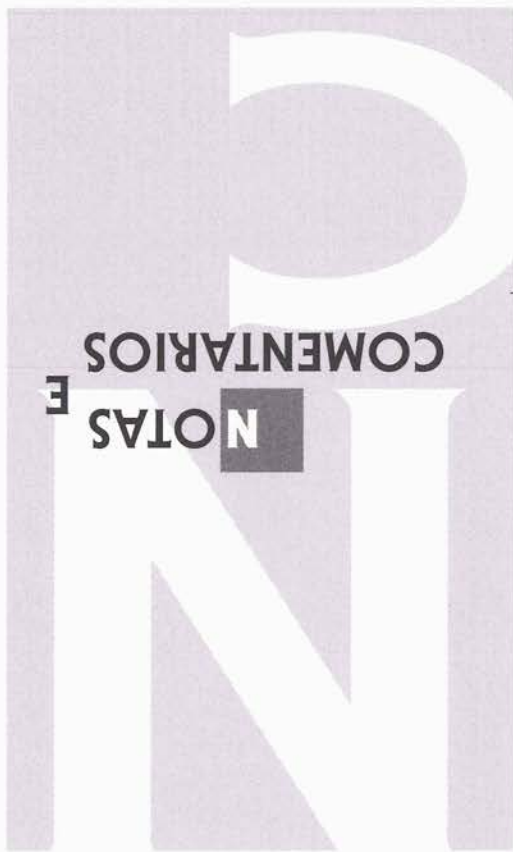
⁵⁴ Como se sinala na Memoria do Consello de Estado para 1991, o municipio é o marco máis idóneo para a promoción do deporte para todos. *Memoria del Consejo de Estado*, BOE, Madrid, 1992, páx. 99 e 100.

⁵⁵ Estas escolas defínense na Lei de Castela-León como “o conxunto de medios humanos e materiais reunidos nun centro que teñen como finalidade a iniciación técnico-deportiva”. Cfr., o seu artigo 62.1.

⁵⁶ *Vid.*, o artigo 81.c) da Lei de Administración local de Galicia. Distinto é o caso de Cataluña onde se impuxo a prestación obrigatoria dos servicios deportivos para os municipios de máis de cinco mil habitantes.

Conclusión

A Lei do deporte de Galicia reflicte o actual marco competencial existente no deporte. A competencia exclusiva autonómica na súa promoción permite definir políticas propias para levar adiante o mandato constitucional de fomento deportivo. O anterior non significa, sen embargo, que poida evitarse a intervención estatal. A riqueza do fenómeno deportivo, ó existiren diferentes manifestacións que van dende o deporte social ou popular –o coñecido “deporte para todos”– ata o deporte de rendimento representado polo deporte de alto nivel e o deporte espectáculo fai que sexan distintas as posibilidades de intervención estatal e autonómica en cada unha delas. Precisamente, este diferente grao de intervención e a posibilidade de que o Estado incida na materia deportiva apoiándose en títulos concorrentes que limitan, enmarcan e condicionan a competencia autonómica exclusiva foi o obxecto do presente traballo. Como conclusión, pode afirmarse que no deporte –como en calquera outra materia que poida presentar tensións competenciais– a colaboración é a vía axeitada de prevención e solución de conflitos. Colaboración, que debe subliñarse no caso do deporte co fin de facer efectiva a necesidade do seu fomento público, tal e como encomenda a Constitución, e facilitar, desta forma, a difusión dos valores deportivos en toda a sociedade. ©



COMENTARIOS
E NOTAS

Organizacións públicas *versus* privadas: unha distinción

Catedrático de economía aplicada.
Universidade de Santiago de Compostela

José Carlos de Miguel Domínguez

Profesor titular de organización de empresas.
Universidade de Santiago de Compostela

José Díez de Castro

Licenciado en ciencias económicas e empresariais

Carlos Barrada Beiras

1. Introducción á distinción público *versus* privado (PvsP)

Tradicionalmente, distínguense en economía dous ámbitos de actuación: o público e o privado. Os ditos ámbitos estaban claramente separados polos distintos principios que rexían as súas actuacións: para o privado as leis do mercado; para o público, o principio orzamentario e o de autoridade. Os ditos sectores eran dous compartimentos estancos, pero a medida que o Estado foi tomando partido na vida económica máis alá das tres funcións clásicas de tipo público, de xustiza e de defensa, foron aparecendo un conxunto de organizacións destinadas a satisfacer no-

vas funcións e que na súa actuación non obedecen só ós principios que se consideran propios e exclusivos do sector ó que pertencen, senón que comparten en distinto grao elementos do ámbito público e do privado, o que xera unha crecente confusión acerca dos límites entre o privado e o público (Ranson e Stewart, 1994; Gunn, 1988). A aparición dese tipo de entidades a medio camiño entre os dous sectores fixo que algúns autores se refiran a elas utilizando o termo híbridos (Allison, 1982).

En xeral arguméntase que a necesidade do estudio da distinción entre o público e o privado se basea en considerar que se esta non existe nos invitaría a unha nacionalización das firmas privadas ou a unha privatización das entidades públicas (Rainey, 1991). Por outra parte, non investigala supón aceptar que o privado e o público son uns compartimentos estancos, ó nega-la existencia dun amplo conxunto de organizacións híbridas entre ámbolos dous sectores.

2. Orzamentos básicos

O noso estudio da distinción entre o público e o privado parte duns orzamentos básicos que orientan a nosa investigación:

a) A *hipótese da cadea*. Dende que os estados asumen nos seus programas funcións máis parecidas ou próximas ás que habitualmente satisfai a iniciativa privada, o público e o privado convertéronse, dende o punto de vista da súa praxe directiva, nos extremos dunha mesma cadea, os banzos da cal son as organizacións que se sitúan a medio camiño entre un extremo e o outro¹.

b) Froito da evolución do contido dos servicios prestados polos estados, agora máis parecidos ós servicios privados, os límites entre o público e o privado volvéronse "borrosos" polo que parece razoable utiliza-la lóxica *fuzzy* ou lóxica borrosa para posiciona-las distintas organizacións entre os dous extremos desa hipotética cadea. Agora xa non se trata de "dúas cores", senón que falamos dunha gama de tonalidades.

c) A situación da organización entre eses dous extremos non depende tan só de dúas ou tres de dimensións, (Dahl e Lindblom, 1953; Wamsley e Zald, 1973; Bozeman, 1987), senón que son máis numerosos os criterios que se deben ter en conta.

d) A transcendencia do estudio da distinción entre o público e o privado non reside na posibilidade de poder realizar taxonomías das organizacións por mor diso, nin sequera no feito de ser capaces de establecer certos límites entre o público e o

¹ Como veremos máis adiante DAHL e LINDBLOM (1953) sosteñen unha idea similar a esta hipótese da cadea, ó utilizaren o termo anglosaxón *continuum*.

privado; senón que partindo de asumir que a praxe directiva pública ten unha serie de peculiaridades que lle son propias, a partir da situación que unha organización ocupe nese espectro ou cadea hipotética, é dicir, en función da proximidade da organizacións ó extremo público, manifestarán con maior ou menor intensidade as peculiaridades da praxe directiva pública. Velaí a peza clave do estudio da distinción².

3. Esferas no estudio da distinción PvsP

Nos traballos publicados acerca da distinción entre o privado e o público obsérvanse certos graos de confusión con relación á terminoloxía e ós contidos. Por iso cómpre realizar, pola nosa parte, unha serie de precisións iniciais e "iniciáticas". O estudio da distinción entre o público e o privado pode comprender tres esferas diferentes:

a) A distinción entre o público e o privado, propiamente dita. Céntrase no estudio das variables e dos criterios que nos permiten atribuírle a unha organización a "etiqueta" de pública ou privada. Adóitase denominar *the public versus private distinction*³, e como veremos máis adiante exemplos destes traballos son os de Dahl e Lindblom (1953), Wamsley e Zald (1973), ou Bozeman (1987).

b) O estudio das "diferencias entre o privado e o público". Estes traballos refírense ás "diferencias" que existen entre ámbalas esferas dende o punto de vista da práctica directiva, e abarcan aspectos como: as relacións co contorno, a estrutura organizativa, as funcións directivas, os papeis organizacionais, a cultura da organización, a toma de decisións, etc... En calquera caso non se preocupan de deseñar criterios que faciliten identificar a unha organización como pública ou como privada. Os traballos publicados nesta liña son moito maiores en número cós anteriores, e practicamente case tódolos libros vinculados ó *public management* incorporan constantes referencias a cómo se desempeña o traballo na esfera privada. Aínda que se poden citar moitos traballos deste tipo é obrigado mencionalos de Rainey⁴ (1989, 1991), Perry & Rainey (1988), Perry & Kraemer (1983), Kraemer & Perry (1989), Golembiewski (1990), Baldwin (1987), Allison (1979), e Yates (1987).

c) A distinción entre o público e o privado como ferramenta para realizar taxonomías das organizacións. Dentro deste apartado encóntranse traballos como os de Haas, Hall, e Johnson (1966) e os de Pugh, Hickson, e Hinings (1969).

² Coñece-las peculiaridades da dirección pública e o grao en que se manifestan é moi importante á hora de aproximarse ás organizacións do ámbito público para realiza-la análise do seu funcionamento. Así por exemplo, unha das clásicas peculiaridades é o que no ámbito público os directivos tratan de evitar establecer obxectivos concretos, o que impide realizar avaliacións do grao de éxito en que se cumpriron os obxectivos (ROSSI e FREEMAN, 1985; HERMAN, MORRIS, FITZ-GIBBON, 1978).

³ Referímonos a isto de aquí en diante da forma: "a distinción PvsP".

⁴ Probablemente un dos que mellor soubo recoller, presentar, e explica-los traballos vinculados co tema que nos ocupa.

Polo tanto son tres as esferas de estudio e é importante saber centra-las investigacións. Unha das nosas ideas fundamentais consiste en ser capaces de liga-lo primeiro e o segundo apartado sen chegar a mesturalos. Isto, como explicamos anteriormente lógrase ó considerar que o público e o privado son os extremos dunha mesma cadea, e que en función da proximidade da organización ó extremo público, manifestará con maior ou menor intensidade as peculiaridades da práctica directiva pública. Desta maneira sepárase o estudio da "distinción" do estudio das "diferencias", e artículase unha vía para poñelas en relación e revalorizar ademais o estudio da "distinción", que fora relegado en importancia nestes últimos anos polo estudio das "diferencias".

4. Retrospectiva da distinción PvsP

Os traballos máis significativos publicados acerca da distinción PvsP, parten da idea de desenvolve-la dita distinción e baséanse en determinados criterios que se consideran vinculantes co carácter público da organización. De tódalas formulacións que imos ver, parécenos especialmente significativo o de Dahl e Lindblom (1953), en tanto que nós tamén cremos que a distinción entre o público e o privado se basea en partir de que é un "continuo" formado por organizacións situadas entre os dous extremos. O problema, como veremos, é que non explican cómo e por qué se manifestan nas organizacións as diferencias entre un e outro extremo do continuo.

■ Dahl e Lindblom (1953) establecen que a distinción PvsP se pode representar como un continuo de organizacións entre dous extremos nos que se encontran por un lado as *empresas* e polo outro as *axencias*. O elemento que serve de criterio para separar un e outro extremo é o tipo de control que se exerce sobre a organización. No extremo das empresas as organizacións estarían controladas polo mercado, mentres que no extremo das axencias se encontrarían aquelas organizacións baixo controis gobernamentais. Se ben a idea é acertada, o feito de que a posición que a organización ocupe nese continuo dependa só do tipo de control ó que está suxeita é insuficiente, xa que existen outras variables e criterios como a propiedade e o financiamento que teñen unha influencia notable no desempeño da organización e dos que non se pode prescindir para o desenvolvemento da distinción.

■ Dun xeito semellante á de Dahl e Lindblom, Bozeman (1987) establece dous puntos de referencia: a "autoridade polí-

tica" e a "autoridade económica". Bozeman entende que tódalas organizacións están baixo a influencia da política e están suxeitas a algún tipo de control externo vinculado coa esfera pública, por iso todas teñen algo de públicas, só que pode variar amplamente dunha a outra organización. A diferenza da figura do continuo de Dahl e Lindblom, a formulación de Bozeman represéntase nun plano con dúas coordenadas, a autoridade política e a económica, e anque as organizacións se sitúan prioritariamente entre eses dous extremos, a verdade é que Bozeman reconece que hai outras organizacións distintas ás empresas e as axencias, como as asociacións de voluntarios ou as universidades, que aparecen xustapostas ós lados da liña que forman as organizacións que se sitúan entre os dous extremos de autoridade política e económica. Deste xeito a distinción PvsP abandona a forma do continuo que formulaban Dahl e Lindblom.

O máis acertado do modelo de Bozeman é a atribución a tódalas organizacións dun certo grao de "carácter público", xa que isto está de acordo coa idea de que os límites entre o privado e o público non son algo estrito senón gradual. Na súa contra hai que dicir que, ó igual que Dahl e Lindblom, establecer soamente dous criterios para defini-la distinción parece insuficiente.

■ O criterio de interese público. Nun principio, dende este criterio, parece máis doado afrontar-la distinción PvsP, posto que unha das razóns que se aducen para xustificar-la actividade pública do Estado é o interese público da súa actuación, polo que aquelas entidades que actúan a favor do interese público son as que poderían ser catalogadas como públicas. Se partimos do impacto que ten a actividade dunha organización no interese público, Blau e Scott (1962), crean unha categoría denominada *commonweal* onde engloban tódalas organizacións, os beneficiarios primeiros e directos das cales son o público en xeral, en oposición a tódalas entidades "comerciais" ou de negocios onde os primeiros beneficiados son os propietarios da organización. Tamén englobables dentro deste criterio encóntranse as achegas dos que defenden que as entidades privadas buscan satisfacer-lo interese de determinados grupos de individuos particulares, mentres que as entidades públicas terían unha maior orientación ó beneficio social (Chandler 1991; Jané Solá 1973).

O problema deste criterio reside, en que o concepto de interese público non está tan claramente definido, é un concepto abstracto dificilmente medible, e que ademais presenta diversas acepcións (González-Páramo, 1993, 147⁵; Pendleton Herring, 1936). Cabe engadir tamén que case tódalas organiza-

⁵ GONZÁLEZ-PÁRAMO destaca entre outros: a mellora na asignación de recursos, a redistribución da renda e a riqueza, a estabilidade económica, o fomento do desenvolvemento económico, o desenvolvemento tecnolóxico e a reestructuración industrial.

cións exercen algún tipo de influencia positiva sobre o interese público, e ademais que nas empresas de propiedade privada, xa se substitúe o vello ideal do "beneficio máximo" polo dun "beneficio suficiente" que sirva a modo de contraprestación ou remuneración por un servizo prestado á sociedade. O obxectivo xa non é o beneficio polo beneficio senón o beneficio como consecuencia de prestar un servizo necesario para a comunidade.

Isto lévanos á conclusión de que case tódalas organizacións contribúen en maior ou en menor medida ó interese público polo que non se pode utiliza-lo interese público para separar unhas organizacións doutras ó cualificar a unhas de públicas e a outras de privadas en función deste criterio. Agora ben, nunha formulación da distinción PvsP do estilo do "continuo" de Dahl e Lindblom, serviría como elemento modelador para situar as organizacións máis ou menos preto do extremo público ou do privado, anque para iso habería que redefinir qué se entende por interese público, e ademais sería conveniente utilizalo en combinación con outros criterios.

■ Os criterios de propiedade e de financiamento. A influencia do criterio de propiedade ten que ver coas dúas posibles formas nas que esta se manifesta. Dunha parte encontrámonos con organizacións de carácter administrativo que pertencen ó aparato de xestión do Goberno. Estas entidades adóitanse rexer por estatutos xurídicos moi diferentes ós da esfera privada. As entidades englobadas dentro desta esfera son aquelas das que non se ten dúbida do seu carácter público. Unha atención ben diferente merece o caso das sociedades mercantís de dereito privado que se encontran en mans de titularidade pública. Aquí é onde merecen especial atención as implicacións da titularidade dos dereitos de propiedade, xa que como diversos investigadores estudaron, os efectos sobre a xestión ou a percepción do risco por parte dos directivos son diferentes en función do grao de titularidade pública ou privada. Como aseveran Bandrés (1994,135⁶) e González-Páramo (1993,151), a titularidade pública das accións, reduce a percepción do risco dos directivos, que ven no Estado o perfecto aval para as operacións de risco.

■ Outra das teorías que se utilizaron para caracterizar a distinción PvsP e na que os dereitos de propiedade teñen un protagonismo crucial é a Teoría da Axencia. Esta estudia os vínculos que se establecen de forma contractual entre dúas ou máis persoas, a motivación das cales radica no propio interese e que tratan de maximizar a súa utilidade esperada (Fama, 1980,288-307, 1984,547; Gago, 1996). A cuestión reside en que o principal e

⁶ EDUARDO BANDRÉS precisa: "la posibilidad de quiebra apenas resulta una amenaza creíble, por razones que van desde la cobertura financiera de las pérdidas con cargo al presupuesto público, basándose en objetivos de carácter social o distributivo, hasta la necesidad de preservar el suministro de bienes y servicios de utilidad pública o en los que la producción adquiere la forma de monopolio natural".

⁷ Trátase do famoso artigo de EUGENE F. FAMA no *Journal of Political Economy*, "Agency problems and the Theory of the Firm" 1980, vol. 88, n.º 2, páxs. 288-307; ou tamén en ICE, xullo, 1984, 53-65.

o axente que xestiona a "axencia" teñen intereses e obxectivos que na maioría dos casos difiren. Prodúcese entón un repartimento do risco desigual e conflictivo, e ademais existen asimetrías de información que impiden o coñecemento perfecto da actuación do axente. Esta teoría nun principio enfocada ó sector privado tamén se lles aplica ás empresas públicas, só que cos seguintes matices (Zulima Fernández, 1994, 108-109):

1. Non só difiren os obxectivos entre axente e propietario, senón que ademais os obxectivos da axencia, empresa, ou ente público, son vagos, podendo ser incluso múltiples e contradictorios.
2. No sector público hai unha dobre relación de axencia: dunha parte o poder político co axente; e doutra, o poder político cos seus votantes.
3. Os controis que existen na empresa privada⁸ substitúense por controis administrativos que entorpecen os labores dos directivos.

As achegas da Teoría da Axencia afectan a aspectos como a motivación dos directivos, a elección de obxectivos, as responsabilidades, a actitude fronte ó risco, e os controis sobre o desempeño. Pero esta teoría non explica cómo afronta-la distinción entre o público e o privado, o que fai é manifestar diferencias no desempeño dos directivos públicos como consecuencia de que o propietario sexa o Goberno. Ademais obvia cuestións tan importantes como a ausencia de competencia para o *output* da organización e esixe un notable esforzo para aplícarlle a órganos administrativos. Por todo iso considérase que achega elementos pero que non resolve o problema da distinción PvsP.

■ En canto ó financiamento, véñense considerando como públicas aquelas organizacións, o orzamento das cales está integrado por recursos públicos. Enténdese que as organizacións con recursos públicos están suxeitas a maiores controis cás que obteñen financiamento do mercado, e ademais que ter ese financiamento público, outórgalle ó poder político unha capacidade de influencia sobre a organización que se pode tornar en servidumes perversas para os intereses da entidade perceptora dos recursos. A crítica a esta formulación céntrase no feito de que existen empresas que sen seren públicas reciben fondos públicos e iso obrígaas a sometérense a determinados controis financeiros, ademais existen tamén empresas que manteñen relacións comerciais co Estado baixo un estricto marco de regulamentacións polo que están suxeitas na súa actividade a normas semellantes ás de entidades estatais.

⁸ ZULIMA FERNÁNDEZ menciona entre estes controis os seguintes: o do mercado de bens e servizos, o de beneficios e o de directivos, este último tamén é mencionado por E. Fama. Ámbolos autores aparecen referenciados na bibliografía que se achega.

Wamsley e Zald (1973) abordan a distinción PvsP a través da combinación do criterio de financiamento co de propiedade. Ambos consideran que a distinción PvsP é un “continuo” entre o público e o privado, e que as organizacións varían en función de quen ostenta a propiedade e do tipo de financiamento que reciben. Distínguense así: organizacións de propiedade pública e financiamento público; organizacións de propiedade pública pero que se financian tamén con fondos privados; organizacións privadas financiadas parcial ou totalmente por fondos públicos; e finalmente, organizacións privadas financiadas por fondos privados. Esta formulación que resulta moi eloquente para ilustra-la distinción PvsP tamén presenta algunhas lagoas posto que non inclúe na súa análise o efecto de desprazamento cara á esfera pública que pode exercer nunha entidade privada o manter unha carteira de contratos de servizo ou subministro coa Administración pública que deben ser prestados nun marco regulamentario moito menos flexible có habitual na esfera privada do mercado.

■ Os economistas trataron de explica-la distinción baseándose na provisión dos denominados bens públicos e nos fallos do mercado (Downs, 1967; Niskanen, 1971). O feito de que a provisión dalgúns bens fose nula ou insuficiente esgrímese como razón para a existencia da actividade governamental e en definitiva para a existencia de burocracias públicas (Albi, Contreras, González-Páramo, 1992). Ademais de que estes conceptos son insuficientes para outorgarlle a unha entidade o cualificativo de pública ou de privada, existen organismos gobernamentais que deben, segundo este enfoque, prove-la sociedade de bens públicos, producir e subministrar bens que non teñen tal consideración⁹, o que reduce a validez deste argumento para xustificar de por si a distinción PvsP.

■ Unha achega interesante é a de Peter Eichhorn, quen sen o propósito de entrar a analiza-la distinción, diferencia entre os suxeitos da vida económica a: as empresas, as administracións, as economías domésticas e as agrupacións. Estas entidades diferéncianse, segundo Eichhorn, en función de elementos esenciais como os obxectivos, o financiamento ou a forma de competencia. Sen ser unha formulación a propósito da distinción PvsP cremos que pode servir de fio condutor para afondar no estudo da distinción ó presentar conxuntamente máis elementos de discriminación cós que podemos coñecer nas outras aproximacións.

⁹ Por exemplo en España moitos, por non dicir todos, dos produtos financeiros ofrecidos pola entidade bancaria Argentina na que ata a data mantén o control o Estado.

5. Criterios para o desenvolvemento da distinción PvsP

Na maioría das achegas vistas os investigadores adoitan sinalar polo xeral variables relacionadas coa súa área de traballo, o que converte os seus estudos en enfoques parciais que non conseguen darlle un sentido pleno á distinción PvsP. Unha integración destas tendencias, como veremos a continuación, vainos permitir ter unha visión máis exacta da distinción PvsP.

Para cualificar unha organización como pública ou como privada necesitamos un abano amplo de criterios e de variables, a existencia e o grao de presenza dos cales nunha organización nos axuden a poder asimilala ben ó ámbito privado ou ben ó ámbito público. Estes son, a continuación, as variables ou os criterios que consideramos claves na distinción PvsP.

5.1. *Propiedade*

A figura do propietario da organización –o goberno ou os particulares–, e a propiedade pública ou privada son básicas posto que do simple feito de pertencer a un ou a outro ente se derivan distintos tipos de influencias sobre a organización. Xa vimos antes como o feito de que a propiedade se encontre nunhas ou noutras mans inflúe decisivamente no desempeño da organización.¹⁰

Para nós, aquelas organizacións que constitúan en si mesmas parte do organigrama do Estado, e xunto cos seus servicios administrativos, serán organizacións cun fortísimo condicionante público. En caso de organizacións constituídas en forma de sociedades ou outras modalidades nas que a propiedade é compartida por varios membros, en tanto en canto o Estado en función do número de dereitos de propiedade que teña exerza maior ou menor control sobre os órganos de xestión, estaremos ante unha organización máis ou menos pública anque de dereito privado. Na práctica, as ditas sociedades só se diferenciarían das de exclusiva propiedade e participación privadas na influencia que exerza o poder político na toma de decisións e na fixación de obxectivos, mostrando, por exemplo, idénticos niveis de carga administrativa (Zulima Fernández; 1994,106).

A clave da influencia deste criterio reside en: primeiro, na obriga ou non por parte do poder político en tomar decisións referidas ó funcionamento da entidade; e segundo, nas consecuencias directas que se derivan para a organización de pertencer ou non ó Estado, posto que as organizacións que a el pertencen mostrarán unha maior dependencia do poder político, estruturas menos flexibles, alta carga administrativa e forte

¹⁰ Ver no epígrafe anterior os comentarios acerca da Teoría da Axencia.

presencia de normas e procedementos aprobados parlamentariamente que regularán a actividade e o desempeño internos. Estes trazos poranse de manifesto con maior intensidade en función do grao de integración da entidade na estrutura do Estado.

5.2 Contorno

O contorno no que se move vai ser o que condicione as regras de xogo da organización.

5.2.1. *Contorno xerárquico.* A entidade en cuestión realiza as súas actividades en réxime de dereito público, ou ben a entidade centra por completo a súa actividade no subministro de bens e servizos para o Estado.

5.2.2. *Contorno de mercado.* As actividades levadas a cabo pola organización realízanse no marco do dereito privado, tómanse decisións en función dos numerosos compradores e consumidores que non teñen a intención de controla-la organización pero que coas súas decisións determinan o rumbo. Pódenselle subministrar bens ó estado e prestar servizos públicos en réxime de concesión pero non é o centro da actividade da entidade.

Unha organización vai ser máis pública canto máis se mova nun contorno xerárquico e será máis privada canto maior sexa a súa dependencia do mercado de consumidores. O elemento cualitativo máis importante que se deriva de pertencer a un dos dous contornos é a flexibilidade e a autonomía no desempeño atribuíbles á esfera do mercado. Aínda que os contornos son pola súa esencia opostos hai que insistir no feito de que poden existir entidades que pertencendo a un destes dous contornos desempeñen algunha actividade no outro; por exemplo, empresas privadas do contexto de mercado concesionarias de prestación de servizos públicos estrictamente regulados polo contexto xerárquico ó que pertence a dita prestación de servizos.

5.3. Financiamento

Cando falamos do financiamento referímonos ó tipo de fondos que utiliza a entidade para financiarse. A organización pode financiarse con fondos estatais, con fondos obtidos no mercado, ou autofinanciarse. Canto maior sexa a cantidade de recursos provistos polo Estado maior condicionante público para a entidade ó ser maior a posibilidade de influír sobre a organización dende os estamentos públicos. Os obxectivos, a forma de exercer-la función directiva ou o propio clima organizacional serán diferentes en función da orixe dos recursos, xa sexan vía o

Estado, vía o mercado ou vía autofinanciamento. Hai que insistir na capacidade deste criterio para matiza-lo carácter público ou privado da organización. Existen empresas privadas que se financian a través do mercado ou se autofinancian, pero que nun determinado momento da súa vida necesitan recibir algún tipo de financiamento do Estado en forma de subvencións ou créditos brandos para facer fronte, por exemplo, a novas oportunidades de negocio. A cuestión é que o Estado, apoiado por esa conxuntura, lle impon entón as súas esixencias á empresa, ben de tipo laboral (amplia-lo seu cadro con determinada clase de traballadores), ben de tipo competitivo (participar nalgún mercado no que a empresa non habitúa a competir ou a fixar determinados prezos). En resumo, que a empresa perde certa autonomía e debe satisfacer algunhas "servidumes" e polo tanto asemella-lo seu comportamento ás organizacións públicas.

5.4. *Móbil*

O motivo ou a razón que xustifica a creación e a existencia da organización é tamén un criterio que inflúe como modelador do carácter público ou privado da entidade. Distínguense ata tres móbiles: o beneficio, os fallos do mercado, e o interese público. Os dous primeiros preséntansenos como criterios contrapostos e o terceiro como variable moderadora dos anteriores.

5.4.1. *Beneficio económico.* Aínda que hoxe se substituíse a idea de beneficio máximo polo de beneficio suficiente, e se entenda a actividade empresarial como a prestación dun servizo á sociedade polo que se obterá a cambio un beneficio a modo de remuneración, o beneficio segue sendo fundamental á hora de orienta-la actividade e a forma de actuación da organización. Canto máis sexa o beneficio económico o móbil das actuacións, máis nos encontraremos ante unha entidade de carácter privado, e viceversa.

5.4.2. *Bens públicos e fallos do mercado.* É a variable que tradicionalmente foi esgrimida polos economistas para xustificar-la actividade governamental no mercado e a existencia das burocracias. A razón pola que a incluímos na nosa análise é porque en función do grao de pureza do ben público producido pola organización estaremos ante unha entidade con maior carácter de pública (Corona e Díaz, 1994). Serán máis públicas aquelas organizacións que ofrezan bens públicos puros –defensa nacional ou xustiza– mentres que reducirán o seu carácter de públicas as que produzan bens que tamén provexa o mercado (asistencia sanitaria).

5.4.3. *Interese público.* Este criterio como antes dixemos foi utilizado en numerosas ocasións para falar do carácter público dunha entidade. O que ocorre é que cada vez son máis os estudos que se poñen de acordo en dicir que tamén as entidades privadas contribúen ó interese público, o que nos leva a redefinir, polo menos para a nosa formulación, o criterio de interese público.

Defini-lo interese público non é unha tarefa fácil, xa vímolas acepcións que pode ter, e ademais resulta tentador tratar de dar unha definición do interese público máis novidoso, por exemplo baseándoa no grao en que os beneficios tanxibles e intanxibles xerados pola actividade dunha organización son de atribución colectiva. Probablemente sería máis orixinal esta definición, pero o certo é que de sermos rigorosos o correcto é remontarse á definición dun clásico como Rosseau quen sostíña que “o interese público me beneficiará a min igual que a calquera outro cidadán mellor que beneficiarme a min a conta doutro cidadán”. Anque desta forma o interese público é máis dificilmente medible polo menos a súa definición parece moi sensata.

5.5. *Control*

O tipo de control que se exerce sobre a entidade vai condicionar-lo seu carácter público ou privado. Definimos para esta variable ata catro tipos de controis que ordenamos xerarquicamente segundo o grao en que determinan un maior matiz público da organización.

O control institucional é o control máis inherente á actividade pública. Establécese sempre sobre a Administración pública e nalgúns casos por razóns de urxente necesidade tamén sobre entidades de dereito privado. Dividímolos en control xudicial¹¹ e control parlamentario ou político.

5.5.1. *O control xudicial.* Para a Administración pública instrumentase a través do Tribunal de Contas que vixía a legalidade da actividade orzamentaria realizada pola Administración, que vela pola regularidade contable e o destino das cantidades gastadas; no caso das entidades de dereito privado a intervención xudicial prodúcese cando a situación económica da organización é anómala, de maneira que pode supoñer unha maior ou menor supeditación da organización ó exterior en función do tipo de declaración xudicial (suspensión de pagamentos, quebra, etc.).

5.5.2. *O control parlamentario.* Prodúcese sempre sobre a Ad-

¹¹ Utilízase o termo “xudicial” aínda sabendo que os tribunais de Contas do Estado non son órganos xudiciais, senón fiscalizadores. Se a pesar disto se emprega é polo feito de englobar baixo o mesmo termo o control xudicial sobre empresas en denunciada crise financeira e o control de fiscalización que se exerce sobre as contas públicas.

ministración pública, xa que é quen intervén na discusión e da aprobación do orzamento e ó final do exercicio orzamentario comproba se se seguiron ou non os mandatos orzamentarios. Dado que a Administración pública é unha organización ó servizo do Estado pode que no ámbito político tamén se susciten no Parlamento preguntas acerca das súas actuacións. Para o resto das entidades privadas, o control parlamentario só aparece para o caso de intervención governamental por razóns de urxente e expresa necesidade e con base no Texto Constitucional, ou ben porque un grupo político demanda do Goberno algún tipo de intervención sobre esa empresa baseándose no interese xeral. Coa excepción deste último caso as organizacións puramente privadas están fóra deste tipo de controis.

5.5.3. *Control de grupos.* Este control realízano os grupos de interese, que inflúen en calquera tipo de entidade en función do grao en que estas afecten coa súa actividade ós seus intereses. Non obstante o seu poder de influencia é maior canto máis pública é unha organización pola sinxela razón de que canto máis pública é, máis depende de controis políticos, e posto que os políticos e os gobernantes deben os seus postos a procesos electorais, os grupos de interese coa súa capacidade de arrastrar votos exercen unha notoria influencia nas propostas e as actividades das organizacións públicas a través das decisións que lles inducen a tomar ós políticos.

As entidades privadas tamén están sometidas a esta influencia aínda que en moita menor medida. A pesar disto, a proliferación de asociacións de consumidores ou grupos ecoloxistas determinaron o paso dunha situación anterior de independencia absoluta en obxectivos, planificación e xestión a unha situación actual na que a influencia dos grupos de interese e de presión se ha de ter en conta á hora de realizar calquera tipo de formulación.

5.5.4. *Control de opinión.* A opinión orixínase fundamentalmente entre a poboación e transmítese a través dos medios de comunicación para converterse así no "control de opinión". As entidades públicas están sometidas a estes controis, o que implica unha dependencia do exterior que dificulta en moitos casos a súa xestión e a flexibilidade das súas actuacións. As entidades que se teñen por privadas e que eran independentes ata un determinado momento poden chegar a desenvolver-la súa actividade nun importante marco de condicionamentos externos. Canto máis importante é este tipo de control sobre unha organización máis se reforza o matiz público nesta.

6. A "hipótese da cadea"

Vimos ata agora os criterios que nos deben servir para definir unha organización como pública ou como privada. O carácter público ou privado da entidade obxecto de estudo virá definido pola suma global do conxunto de manifestacións que se produzan en cada criterio. Ó principio do traballo formulouse a hipótese de que o público e o privado non eran campos totalmente separados nin compartimentos estancos, senón os extremos dunha mesma cadea, e que a medida que nos achegamos a un dos dous extremos se acentúa con maior intensidade o carácter público ou privado da entidade analizada. Agora podemos, a través dos criterios, verifica-la dita hipótese se introducimos unha ferramenta de traballo que permita valorar-los criterios: propiedade, contorno xerárquico, contorno de mercado, financiamento, móbil¹² o beneficio económico-bens públicos, fallos do mercado, móbil o interese público, control xudicial, control político, control de grupos, control de opinión.

Os criterios teñen unha forma de valoración fundamentalmente subxectiva ó depender do analista, de tódalas formas establécense unhas pautas obxectivas que dotan o modelo dunha coherencia básica. En cada un destes criterios puntuarán entre 0 e 1 segundo o grao de presenza do atributo correspondente. Por exemplo, no criterio propiedade, puntuarán con valor 1 tódolos organismos do Estado como administracións públicas, e tódalas entidades de dereito público. Puntuarán por contra 0, as sociedades mercantís de propiedade exclusivamente privada. Aquelas sociedades nas que o capital estea dividido en accións e nelas participe o Estado puntuarán entre 0,1 e 0,9 en función do grao de control que as ditas accións lle outorguen ó Estado.

7. Contrastación da "hipótese da cadea"


Tomamos cinco entidades para analizalas: a Secretaría de Estado para Infraestructuras; unha axencia de desenvolvemento local; a empresa privada española de titularidade pública Compañía Telefónica; a empresa HUARTE. S.A. e unha empresa de xestión de patrimonios privados en mercados de valores. Todas elas baixo determinadas condicións.

Trala atribución de puntuacións, os resultados confirmaron a "hipótese da cadea". As organizacións quedaban en puntuación e representación gráfica perfectamente diferenciadas. A Secretaría de Estado aparecía como a organización co carácter máis público. No outro extremo encontrábase a xestora privada de pa-

¹² Como se pode comprobar consideramos para a análise unha mesma variable: beneficio económico, fallos do mercado e bens públicos.

trimonios, ó manifestarse o carácter máis privado. Entre estas entidades encontrábanse os outros tres casos que mostraban un carácter máis matizable de organizacións públicas ou privadas. Isto demostranos que dende o noso punto de vista non existe unha fronteira precisa e infranqueable na definición de privada ou pública para unha organización senón que ese carácter pode variar por múltiples aspectos e incluso sufrir variacións durante o ciclo de vida da organización.

A consecuencia máis importante desta formulación é que as organizacións manifestarán con maior intensidade o seu carácter de públicas canto máis se aproximen ó extremo público. Entre as características observables nestas entidades estarán entre outras: estruturas pouco flexibles, presenza de normas de traballo e procedementos de tramitación estrictos, pouca autonomía na xestión, e controis administrativos. Isto xustifícase polo emprego dos criterios que, como no caso do contorno, situaban a organización máis preto do extremo público se esta, por exemplo, desenvolvía unha actividade, o volume de negocio da cal principalmente estivese comprometido co Estado. Iso suporía determinadas dependencias da Administración pública, necesidade de satisfacer determinados procedementos contractuais, pouca flexibilidade na parte financeira polo ritmo orzamentario diferente da Administración pública, e así sucesivamente.

Outro aspecto que cómpre ter en conta é o feito de que se entende que as organizacións poden variar a súa posición ó longo da cadea, en función das súas condicións particulares a través do seu ciclo de vida, e que as puntuacións dunha organización no espectro privado-público non son extrapolables a outras organizacións similares. Para analizar a posición dunha organización na distinción PvsP hai que analizar caso por caso (Sirorski 1983). 

- ALBI, E., C. CONTRERAS, J.M. GONZÁLEZ-PÁRAMO, e Y. ZUBIRI, *Teoría de la Hacienda Pública*, Ariel, Barcelona, 1994.
- ALCHIAN, A.A. & DENSETZ H., "Production, information cost, and economic organization", *American Economic review* 62, páxs. 777-799, 1972.
- ALLISON, G., "Public and Private Management: Are They Fundamentally Alike in all Unimportant Respects?" En FREDERICK S. LANE (de.), *Current Issues in Public Administration*, St. Martin's Press, Nova York., 1982.
- BANDRÉS, E., "La privatización de las empresas públicas: un enfoque normativo". En J.C. Jiménez, *El estado en la economía española*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.
- BLAU, P.M. & SCOTT, W. R., *Formal Organizations*, San Francisco, Chaendler, 1962.
- BOZEMAN, B., *All Organizations are Public: Bridging Private and Public Organizational Theories*, Jossey-Bass, San Francisco, California, 1987.
- BRETON, A., & WINTROBE, R., *The logic of the bureaucratic conduct*, Cambridge, England: Cambridge University Press, 1982.
- CHANDLER, J.A., "Public Administration and Private Management. Is there a Difference", *Public Administration*, vol. 69, outono, páx. 385-392, 1991.
- CORONA, JUAN F., e A. DÍAZ, *Teoría básica de Hacienda Pública*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- DAHL, R. & C. E. LINDBLOM, *Politics, Economics, Welfare*, Nova York, Harper & Brothers, 1953.
- DOWNS, A., *Inside Bureaucracy*, Boston:Little Brown, 1967.
- DÍEZ DE CASTRO, J., *Fundamentos de Administración*, Ed. ACK, 1994.
- EICHORN, P., "¿Qué pueden aprender recíprocamente las empresas privadas y las administraciones públicas?", *Documentación Administrativa*, n.º 218-219 (abril-setembro), 1989.
- EICHORN, P., "La gestión empresarial aplicada a los establecimientos estatales", *Documentación Administrativa*, n.º 218-219 (abril-setembro), 1989.
- FERNÁNDEZ, Z., "Comportamiento y eficiencia de la empresa pública", en *El estado en la economía española*, J.C. Jiménez, Ed. Civitas, Madrid, 1994.
- GAGO, S., "Implicaciones de la Teoría de la Agencia en la contabilidad", fac. de Empresariales, Univ. de Santiago de Compostela (texto no publicado), 1996.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., "¿Es necesariamente ineficiente la empresa pública?", en *Empresa pública y privatizaciones: una polémica abierta*, Fundación Cánovas del Castillo, Colección Veintiuno, Madrid, 1993.
- GOLEMBIEWSKI, ROBERT T., "Differences in Burnout, by Sector: Public versus Business Estimates Using Phases", *International Journal of Public Administration*, 13, páx. 545-560, 1990.
- GUNN, L., "Public Management: a third approach?", *Public Money & Management*, primavera-verán, 1988.
- KAUFMAN H., *The administrative behaviour of the federal bureau chiefs*, Washinton D.C., Brookings Institution, 1981.
- KRAEMER, K.L., and J.L. PERRY, "Institutional Requirements for Research in Public Administration", *Public Administration Review*, 49, páx. 9-16, 1989.
- HAAS, J. E., HALL, R.H., AND JOHNSON, N.J., "Toward and Empirically Derived Taxonomy of Organizations", en R.V. Bowers (eds.), *Studies on behavior in organizations*, Athens, GA: University of Georgia Press, 1966.

- HERRING, P., "Public Administration and the Public Interest", en Shafritz, J.M., e A.C. Hyde (eds.), *Classics of Public Administration*, Wadsworth Publishing Co., Belmont, California, 1936.
- JIMÉNEZ, J.C., "La empresa pública industrial en España: una visión de conjunto". En J.C. JIMÉNEZ, *El estado en la economía española*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994.
- MEYER, M.W., *Change in public bureaucracies*, Londres, Cambridge University Press, 1979.
- MINTZBERG, H., *La estructura de las organizaciones*, Ariel Economía, 1979.
- NISKANEN, W.A., *Bureaucracy and representative government*, Chicago: Aldine, 1971.
- PERRY, J.L., KRAEMER, K.L. (eds.), *Public Management*, Mountain View, California, 1983.
- PERRY, J.L., RAINEY, H.G., "The Public-Private Distinction in Organization Theory: A Critique and Research Strategy", *Academy of Management Review*, vol. 13, n.º 2, páx. 182-201, 1988.
- PUGH D.S., D.J. HICKSON, e C.R. HININGS, "An empirical taxonomy of work organizations". *Administrative Science Quarterly* 14, 1969, páx. 115-126.
- RAINEY H.G., "Public Management: Recent Research on the Political Context and Managerial Roles, Structures, and Behaviors", *Journal of Management*, vol. 15, n.º 2, 1989, páx. 229-250.
- , *Understanding and Managing Public Organizations*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, California, 1991.
- RANSON, S., STEWART, J., *Management for the public domain*, St. Martin's Press. N.Y., 1994.
- SALA ARQUER, J.M., "La privatización del estado, pros y contras", en *Empresa pública y privatizaciones: una polémica abierta*, Fundación Cánovas del Castillo, Colección Veintiuno, Madrid, 1993.
- SERRANO SANZ, J.M., "El papel de estado en la economía: líneas actuales de investigación", en J.C. Jiménez, *El estado en la economía española*, Ed. Cívitas, Madrid, 1994. SIRORSKI, D., "A general Critique of the Theory on Public Enterprise: Part II. How is Public Enterprise Different from Private?", *International Journal of Source Management*, Vol. 6, n.º 5, páxs. 56-67. MCB University Press, 1993.
- SOLÁ, J., "La empresa de servicios públicos: ¿Pública o privada?", *Hacienda Pública Española*, n.º 23, 1973.
- WARWICK D.P., *A theory of public bureaucracy*, Cambridge, M.A., Harvard University, Press, 1975.
- WAMSLEY, G.L., E ZALD, M.N., *The Political Economy of Public Organizations*. Lexington, Mass.: Heath, 1973.
- WEBER, M., *Economía y sociedad*. (Segunda reimpresión, primera edición en español no año 1944). Fondo de Cultura Económica de México, 1974.
- WECHSLER B. e R.B. BACKOFF, "Policy making and administration in state agencies: strategic management approaches", *Public Administration Review* 46., páxs. 321-327, 1986.
- YATES, D., *The Politics of Management*. Jossey-Bass Publishers, San Francisco, California, 1987.

La mediación en la negociación colectiva del sector público

Profesor titular de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad
Social. Universidad de León

Juan José Fernández Domínguez

Profesora titular de Escuela
Universitaria.
Universidad de León

Susana Rodríguez Escanciano

Como forma de solucionar el *impasse* a que pudieran llegar las partes en el proceso negociador o de solventar conflictos en el desarrollo aplicativo del acuerdo o pacto correspondiente, el art. 38 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas, modificado por la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, prevé una única solución expresa, la mediación, estableciendo al respecto: 1) que el mediador se nombrará de común acuerdo por las partes al objeto ya indicado; 2) que su actuación se ceñirá a lo que en su caso se hubiera establecido en el oportuno reglamento; 3) que las propuestas del mediador y la oposición de las partes, si existiesen, deberán hacerse públicas de forma inmediata.

Sobre tales previsiones el punto 3º del Capítulo 15 del Acuerdo Administración-Sindicatos para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo, de 16 de noviembre de 1991, añadió dos notas de interés: 1) La exigencia de unanimidad de las partes tanto para nombrar el mediador como para someter al mismo una controversia determinada. 2) Que una vez hubiera finalizado el proceso negociador sin alcanzarse acuerdo entre las partes, éstas actuarán según sus intereses y con arreglo a la normativa vigente.

Tratando de sistematizar las conclusiones que a partir de tales propuestas normativas ha elaborado la mejor doctrina¹, habrían de valorarse los aspectos siguientes:

1 Que la norma vigente ignora otras alternativas ordenadas a solucionar el *impasse* o el conflicto que afecte a las partes al negociar o aplicar lo negociado².

No se contempla así la conciliación (si bien en la práctica ésta apenas muestra diferencias significativas con la mediación³)

¹ De singular importancia, y entre otros, las aportaciones de DEL REY GUANTER, S., "Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública", Madrid (MAP), 1991, especialmente págs. 65 a 70 y 79 a 97, "La nueva regulación colectiva y la solución de conflictos colectivos en la función pública", *rl*, núm. 11, 1991, págs. 17 y ss. y "Comentarios a la Ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas", Madrid (MAP), 1988, págs. 247 y ss. Igualmente GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios de solución de los conflictos colectivos en la Función Pública", en AA.VV., "Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública", Sevilla (IAAP), 1990, págs. 411 y ss.

² En lo que se ha calificado como "una significativa permanencia en la pobreza de los medios extrajudiciales contemplados para la solución de los conflictos originados de la negociación funcional". Las mismas razones que han podido llevar al legislador a contemplar la presencia del mediador en el proceso negociador funcional, a sintetizar en la intrínseca unión que existe y ha de existir entre medios extrajudiciales de solución y proceso negociador, le debieron inducir a contemplar de forma más completa y articulada la batería de alternativas de resolución con intervención de tercero no judicial que conoce la experiencia comparada y que ha encontrado en el sector funcional un campo privilegiado de desarrollo e innovación". DEL REY GUANTER, S., "La nueva regulación...", *cit.*, pág. 289.

³ Por más que en teoría, en la primera –a diferencia de lo que ocurre en la segunda– no se ofrecen por el tercero propuestas de solución, agotando su función en facilitar la comunicación y clarificar la posición de las partes. Ello no quiere decir que no sea posible, pues el hecho de que la Ley no la mencione siquiera "no significa que la actividad conciliadora no esté comprendida, de alguna manera, en la mediación regulada por el art. 38... (pues) la actuación del mediador comenzará normalmente con un intento de acercamiento de las partes y puede culminar con el éxito sin necesidad de que realice propuesta alguna; en este caso, el mediador actuaría más propiamente como conciliador aunque reciba otro nombre y haya sido designado para una tarea más relevante. Por otra parte, lo que siempre será posible... es que las partes decidan nombrar libremente (en las mismas circunstancias, requisitos y exigencias que los que se expondrán respecto a la mediación) a un conciliador para que intervenga en el conflicto intentando su solución. GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", *cit.*, pág. 450.

y tampoco –y ello es más significativo– el arbitraje o la propia negociación colectiva, haciendo que la solución legal sea poco respetuosa⁴ con el Convenio 151 OIT, en cuyo art. 8 específicamente se establece la necesidad de que la solución de estos conflictos “se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación, o mediante procedimientos *independientes e imparciales* que inspiren la confianza de los interesados”.

En efecto, cabe apuntar, en primer lugar, que la Ley no considera preciso configurar y potenciar a la negociación colectiva como vía apropiada para autorregular los medios extrajudiciales de la solución de conflictos jurídicos, en general, y de los que derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los instrumentos negociales en la función pública, en particular⁵.

En segundo lugar, se destaca cómo, en contra de la experiencia –positiva– de otros sistemas jurídicos, el español no contempla “una presencia institucional permanente que ayude a solventar sobre bases regulares y con un mínimo de eficacia y rapidez los múltiples problemas... que pueden surgir en el proceso negocial no referidos directamente a los conflictos de intereses que en sí enfrenten a las partes y que, además, pueda aconsejar, y en extremas circunstancias imponer, la aplicación de medios extrajudiciales de solución de conflictos”⁶.

Ello se conecta, en tercer lugar, con la ausencia de previsión de “un arsenal” de medios de solución extrajudicial adecuados a las diversas posibilidades que en un proceso negociador en la función pública se pudieran presentar, convenientemente flexibles en su aplicación (de forma que las partes pudieran elegir la más adecuada al caso concreto e incluso introducir variantes) y suficientemente coordinados en sus supuestos y procedimientos aplicativos. Todo lo cual debe ser avalado, a su vez, con una

⁴ En calificación de OJEDA AVILES, A., “La negociación colectiva de los funcionarios públicos y la entrada en vigor del Convenio Internacional, núm. 151 OIT”, *RL*, núm. 11, 1985, págs. 22-36; VIDA SORIA, J., y SALA FRANCO, T., “Informe acerca de los derechos de libertad sindical y representación de los funcionarios públicos”, *da*, núm. 204, 1985, pág. 54 o LÓPEZ GANDIA, J., “La negociación colectiva de los funcionarios públicos (La Ley 91/1987, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación)”, *Rev. Treb.*, núm. 8, 1988 pág. 23.

⁵ Como bien se observa desde la doctrina “tendría que haber enviado (como ha hecho en otros países) un mensaje inequívoco sobre la conveniencia –e incluso necesidad– de que a través de sus acuerdos configuraran y adaptaran a sus circunstancias específicas la posible intervención de terceros neutrales como medio de agilización de un proceso negocial de por sí plagado de dificultades y como cauce de contención de los efectos de una conflictividad con incidencia potencialmente muy negativa en el interés público”. DEL REY GUANTER, S., “*Los medios...*” cit., pág. 68.

⁶ DEL REY GUANTER, S., “*Los medios...*”, cit., pág. 70.

normativa que, lejos de ser neutral en torno a los medios extrajudiciales de solución, incentive y promueva una regulación complementaria en los diversos ámbitos negociales, adecuada a su "microconflictividad"⁷.

Es de destacar, en concreto y por último, cómo la norma estatal se abstiene de contemplar la posibilidad de que allí donde hubiera podido fracasar la mediación informal y las recomendaciones surgidas de la indicación formal no hubieran alterado las posiciones de las partes, pudiera emerger el arbitraje –por más que como "medio infrecuente"⁸– precisamente del expreso sometimiento de las partes, como último remedio para salir del *impasse*, a una decisión heterónoma. Bien pudiera interpretarse tal ausencia de regulación expresa como una negativa legal de su admisión, sobre la idea –afortunadamente superada– de que ello vendría a suponer tanto como la imposición de unas condiciones a la Administración pública que podrían afectar a su independencia y soberanía⁹; o que, por razones sistemáticas y en virtud de la existencia del procedimiento de solución que contiene el art. 37.2 de la Ley 9/1987 –la decisión administrativa unilateral– y del trámite de aprobación de acuerdo regulado en

⁷ Pilares básicos de la sugerente propuesta efectuada por DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., págs. 91 y ss. A cuyos fines se establecen diversos pasos adicionales de articulación mínima del proceso negocial: 1) Dotarlo de coordenadas temporales, de forma similar a lo previsto en el art. 89.1 ET. 2) En caso de falta de acuerdo en un período temporal determinado, comunicación a un órgano independiente que tuviera como misión fundamental ayudar a la ordenación del procedimiento del proceso negociador en la función pública, y apertura de un "período de mediación" que, a su vez, podría conducir a dos alternativas fundamentales: bien que la institución encargada de la mediación informal tratase de convencer a las partes sobre la oportunidad de aceptar los oficios de un mediador informal; bien, una vez fracasada la mediación informal, la apertura de una mediación formal a desarrollar por personal ajeno a la institución encargada de la mediación informal.

⁸ No en vano el Ordenamiento español reconoce expresamente los derechos a la negociación colectiva y a la huelga como medida de presión y el arbitraje no deja de ser, por más que las partes se sometan voluntariamente, una intervención heterónoma. DEL REY GUANTER, S., *op. ult. cit.*, págs. 103-104.

⁹ DEL REY GUANTER, S., "Estados, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública", Madrid (INAP), 1986, págs. 224 y ss., quien rechaza enérgicamente tal idea sobre la base de considerarla inexacta, en la medida en que la Administración únicamente estaría sometiendo a un tercero materias sobre las cuales, por haberse integrado en el ámbito de la negociación colectiva, ha perdido –si bien de una forma ciertamente relativa– su potestad de decisión unilateral. GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios de solución de conflictos colectivos en la función pública" en AA.VV., "Seminario...", cit., pág. 465. En sentido contrario se pronuncian otros autores a partir de la interpretación del art.12.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, entendiéndose que "parece que se necesitaría una ley para introducir el arbitraje voluntario por atentatorio al principio de irrenunciabilidad de sus competencias por las administraciones públicas". SALA FRANCO, T., y ROQUETA BUI, R., "Los derechos sindicales de los funcionarios públicos", Valencia (Tirant Lo Blanch), 1995, pág. 339.

el art. 35.3, se llegara a entender incompatible la intervención de un árbitro en el conflicto¹⁰.

Y, sin embargo –y sin perjuicio de reconocer las dificultades que lleva aparejada la búsqueda de un tercero imparcial en un conflicto colectivo entre funcionario y administraciones públicas¹¹–, a pesar de no mantenerse desde la norma una posición tan positiva como sería de desear, no se encuentra ningún obstáculo legal para que en los instrumentos negociados en el marco de la función pública se estableciesen procedimientos arbitrales, ya con carácter general –respecto de eventuales conflictos colectivos jurídicos–, ya con carácter particular –respecto de conflictos jurídicos aplicativos– (art. 32 k) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común¹²; ni tampoco para un arbitraje voluntario¹³ en los conflictos de intereses. Así, sin ignorar las distintas posibilidades en presencia¹⁴, se propugna doctrinalmente un modelo de arbitraje voluntario como alternativa a la mediación final después de la informal (o, incluso, habiéndose eludido la mediación informal, como segundo paso después de la mediación formal¹⁵), admitiendo (*ex parte*, y tam-

¹⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 464. Sus argumentos desechando tales razones en págs. 466-467.

¹¹ Según advierten SALA FRANCO, T., y ROQUETA BUJ, R., *op. cit.*, pág. 338.

¹² Así lo admiten SALA FRANCO, T., y ROQUETA BUJ, R., *op. cit.*, pág. 338, señalando la posibilidad de que se atribuyan tales funciones arbitrales a la Comisión de Seguimiento prevista en art. 35 Ley 30/1992; si bien en tal supuesto las competencias del árbitro habrían de ceñirse a las materias propias de tal negociación, respecto de las cuales la Administración ha perdido, ministerio legis, la potestad de determinación unilateral, sin que pueda alegarse, en contrario, su posibilidad de transigir y, por consiguiente, de abandonar en favor de un tercero que resuelva con carácter dirimente asuntos de su competencia exclusiva. De este modo (y *ex arts.* 20 y ss. Ley 9/1987 y 88 Ley 30/1992) "el laudo arbitral no sería sino el propio acuerdo de las partes logrado a través de la decisión de un tercero, participando por ello de idéntica naturaleza y régimen jurídico, pudiendo ser recurrido o no aprobado por los mismos motivos, según se refiera a un pacto o a un acuerdo".

¹³ Ya se ha reseñado la posición doctrinal favorable, *ex* Convenio, núm. 151 OIT, a la existencia incluso de un arbitraje obligatorio. *Vid.*, por todos, LÓPEZ GANDÍA, J., "La negociación colectiva...", cit., pág. 23, con cita bibliográfica de apoyo en nota 26 y GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit. págs. 469-470.

¹⁴ Sobre las cuales informa extensamente DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., pág. 105; a saber: 1) Que las partes acudan al mismo, constatada la experiencia de un *impasse* en la negociación, sin necesidad de previamente pasar por otros medios que podrán resultar más respetuosos con la autonomía negocial. 2) Que una vez agotada sin éxito la mediación informal se acuda a la solución arbitral. 3) Que sólo tras agotar la mediación formal que seguiría a la informal sería factible acudir voluntariamente a un tercero imparcial con facultades dirimientes.

¹⁵ Siempre y cuando el árbitro no sea una persona que pertenezca a la institución encargada de la mediación informal o al órgano que supervise el proceso negocial. DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., pág. 106.

bién en posibles desarrollos de la normativa autonómica) una necesaria flexibilidad para combinar distintos medios de solución extrajudiciales por una misma persona y en un mismo procedimiento o en la mediación y arbitraje ("med-ab"), como combinación sobre todo entre mediación informal y arbitraje (aunque también pudiera construirse tal combinación si existiera similitud de procedimiento, por más que ello llevaría a entender que las partes hayan de acordar que el mediador formal y el árbitro fueran la misma persona)¹⁶.

El esquema defendido¹⁷ se articularía así en torno a tres órganos distintos:

1) Una mediación independiente y profesional cuya credibilidad se deriva de su capacidad de persuadir a las partes y que no intervendría nunca ni en la mediación formal ni en el arbitraje.

2) La mediación instada debería tener poder de decisión en cuanto a los efectos del procedimiento, siendo de su competencia la ordenación del proceso negocial, en general, y de los medios de solución extrajudiciales en particular; no limitando su función a mero asesoramiento, sino pudiendo extenderse –de oficio o a instancia de parte– a la imposición de su obligatoriedad. No podrá confundirse ni con la mediación informal ni con la intervención de un tercero neutral.

3) La intervención tanto en la mediación formal como en el arbitraje (voluntario u obligatorio) de un tercero neutral e independiente que no forme parte de ninguno de los organismos anteriores y que poseerá capacidad de decisión –vinculante o no– sobre el fondo del asunto¹⁸.

¹⁶ DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit. págs. 106 a 108.

¹⁷ DEL REY GUANTER, S., loc. ult. cit., págs. 110-111.

¹⁸ Otros asuntos importantes quedarían pendientes, habida cuenta el silencio legal. Sistematizando la mejor doctrina al respecto existente (*vid.*, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., págs. 467-469; MONTOYA MELGAR, A., "El arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo", *redt*, núm. 5, 1981 págs. 14 y ss.; MUÑOZ CAMPOS, J., "El arbitraje laboral", *RL*, núm. 1, 1988, págs. 9 y ss.) podrían obtenerse las conclusiones siguientes:

1. Su finalización quedará a la decisión de las partes, quienes habrán de pronunciarse en torno a las cuestiones a someter al árbitro, la forma, procedimiento y plazos en los que debe ser emitido el laudo.

2. En las materias en las cuales la decisión final no fuera competencia de la Administración, el arbitraje únicamente podrá imponer el compromiso de la Administración de realizar todas las acciones posibles al objeto de conseguir que lo establecido por el árbitro se lleve a la práctica.

3. La legitimación tanto para decidir la intervención del árbitro como para seleccionar las materias sobre las cuales se solicita la resolución depende de si se trata de conflictos jurídicos o de intereses: en el supuesto de los conflictos jurídicos parece que únicamente se encontrarán legitimados aquéllos que hayan sido parte en el acuerdo o pacto (lo contrario implicaría atribuir a un tercero,

ajeno al instrumento negocial, la decisión última en torno a un conflicto en concreto: a lo que se debe añadir que quien suscribió el acuerdo y se encuentra llamado a administrarlo bien pudiera quedar excluido precisamente de la solución de un conflicto de interpretación o aplicación del mismo); por contra, y en los supuestos de intereses legítimos, serán los sujetos que lo estén para concluir el acuerdo o el pacto, según las reglas generales y/o específicas que se hubieran establecido al respecto.

4. Habida cuenta el carácter voluntario del procedimiento, la elección del árbitro habrá de producirse de común acuerdo de las dos partes, siendo tal libertad la mejor garantía en la neutralidad del árbitro.

5. La naturaleza y eficacia del laudo arbitral es similar a la del acuerdo o pacto que sustituye, en tanto derivado del previo acuerdo de las partes en someter la cuestión a arbitraje. Y ello sin perjuicio de su posible impugnación para el caso de exceso en la función arbitral o en los límites establecidos a su intervención, ya en su contenido, ya en el procedimiento.

2. Su articulación y funcionalidad práctica se encuentra enormemente mediatizada por la propia estructura y diseño de la negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública¹⁹, pudiendo detectarse dos momentos básicos de intervención²⁰:

a) *Impasse* inicial en el cual las partes, aun cuando se encuentran alejadas de sus objetivos finales, consideran factible una evolución (ya por su sólo esfuerzo negocial ya con la ayuda

¹⁹ En magnífica síntesis efectuada por DEL REY GUANTER, S., ("Los medios extrajudiciales...", cit., págs. 65 a 70) se ofrecen hasta once factores diversos provenientes de la estructura negocial que condicionan decisivamente el diseño de los medios extrajudiciales de solución de conflictos, a saber:

1. La tendencia básica y homogeneizadora de la Ley 9/1987 (y de la Ley 7/1990 que la reforma) no tiene en cuenta suficientemente las peculiaridades que la negociación colectiva puede presentar sobre todo en el marco de la administración legal, que va a afectar de modo importante a los medios extrajudiciales de solución, "en tanto que los mismos son muy 'sensibles' en su organización y desarrollo a la dimensión de la unidad de negociación en cuestión".

2. Al tratarse de una negociación aún en sus primeras fases se facilita enormemente la incorporación de medios extrajudiciales no ya sólo a la norma sino al proceso negocial en la Función Pública, convirtiéndola en "un componente natural y necesario en las múltiples situaciones de *impasse*".

3. La homogeneidad subjetiva en las partes negociadoras en la función pública puede permitir el desarrollo de unos criterios básicos mínimos en torno a la regulación y utilización de los medios extrajudiciales de solución de conflictos que habilite una vertebración, al tiempo uniforme y diferenciada, para los diferentes niveles de negociación colectiva funcionarial.

4. En tanto el proceso negocial no se encuentra mínimamente articulado, y no se aportan puntos de referencia temporales, la mediación -sobre todo- se

encontrará con un diseño normativo que dificulta su funcionalidad, en tanto carecerá de parámetros a través de los cuales se considerase existente la situación de *impasse* que habilite la actuación del mediador.

5. Siempre ha de tenerse en cuenta la compleja y diversa estructura negocial, centralizada en los ámbitos estatal y autonómico y dividida en múltiples microunidades negociales -con menores funcionarios afectados, lógicamente- en las entidades locales.

6. La delimitación de determinadas materias que no van a poder ser objeto de negociación, frente a otras que sí son susceptibles de serlo, dificulta la aplicación de medios extrajudiciales en comparación con el sector laboral, pues tal delimitación se convierte en fuente continua de conflictos para el mediador; ello por no considerar que indudablemente la reducción de materias susceptibles de ser ofertadas como propias alternativas disminuye la posibilidad de emitir una propuesta aceptable para ambas partes (y ello a pesar de que la Ley 7/1990 simplifica estos problemas al incluir la negociabilidad de los incrementos retributivos y de materias cuya ordenación precisa normas con rango de ley, y flexibiliza ciertos ámbitos de conflictos jurídicos posibilitando así una mayor flexibilidad en la interpretación del acuerdo por el tercero).

7. Ex art. 32 k) se atribuye a acuerdos y pactos la posibilidad de contemplar y regular los medios extrajudiciales de solución de conflictos, por más que no se hayan considerado expresamente como la manifestación superior de las exigencias derivadas de la autonomía colectiva.

8. La aplicación de los medios extrajudiciales de solución de conflictos de intereses se ve afectada por la existencia de determinadas peculiaridades para su conclusión, tales como la exigencia de aprobación expresa y final de los acuerdos, que lleva a estimar la posible aparición de conflictos no ya sólo a partir de posibles diferencias en la mesa de negociación, sino en la propia ratificación del acuerdo obtenido, provocando una mayor complejidad tanto sustancial como procedimental en los medios extrajudiciales de solución de conflictos, al objeto de adecuarlos a los dos centros de decisión.

9. La posibilidad de que fracasado el proceso negociador retome el poder decisor, la Administración (art. 37.2) lleva, entre otras consecuencias, a la necesidad de redefinir para este concreto ámbito el concepto de *impasse* final, que no puede ser referido a una situación negocial final bloqueada -pues nunca lo estará- sino a la actuación en la cual la Administración va a poder entender unilateralmente el fracaso del proceso negociador y establecer las condiciones de trabajo que van a regir para los funcionarios.

10. Ausencia de claridad normativa en torno a la administración de los acuerdos colectivos. La posibilidad de establecer comisiones de seguimiento (art. 35 in fine) y de acudir a un mediador en los conflictos derivados del cumplimiento de acuerdos y pactos (art. 38) no potencia suficientemente la negociación colectiva como cauce apropiado para autorregular los medios extrajudiciales de la solución de conflictos y dificulta su articulación.

11. No existe en el sistema español un órgano negocial independiente que supervise la negociación en la función pública, a pesar de la experiencia positiva a nivel comparado, que muestre su operatividad sobre la base de su especialización, independencia, rapidez y conocimiento inmediato -por más que sometido al control del poder judicial-.

²⁰ Altamente aclaratorio resulta el gráfico sobre el proceso y resolución de conflicto en la negociación colectiva de la función pública ofrecido por DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., pág. 81.

de un tercero neutral), siempre teniendo en cuenta que no existe una declaración formal de *impasse* por lo que las partes pueden reaccionar ante este inicial desacuerdo, bien considerando de mutua conformidad la posibilidad de continuar la negociación, con o sin la ayuda de mediadores, bien pasar directamente a una posición de *impasse* final, de confrontación; b) un *impasse* final, al que como se ha podido observar, se puede acceder con gran rapidez dada la ausencia de espacios y actos intermedios antes de llegar al final lógico del desacuerdo definitivo; y ello por cuanto cabe pensar que "a pesar de que el ordenamiento desista de una solución al respecto con demasiada prontitud y simplicidad... llegando a un final no integrado y negativo... sin haber establecido apenas otras vías que unan la ramificación del desacuerdo con la del acuerdo... (existiendo) sólo una de tales conexiones, que es el caso de la mediación, y ello en el supuesto de mutuo acuerdo", cabe considerar que "prever sólo la mediación en su vertiente más formal parece una posición demasiado parca respecto a un tema y en un ámbito tan relevante"²¹, más cuando "la mediación es efectiva en un tipo determinado de *impasse* y lo es menos en otros"²², debiendo preconizarse, en consecuencia, la oferta de diversas alternativas que puedan especificarse -en este caso sólo en la negociación colectiva, ex. art. 38 Ley 9/1987- a través de la intervención de una instancia independiente que considere las concretas circunstancias en presencia²³.

3 La mediación que se contempla presenta dos rasgos fundamentales: de un lado, es una mediación voluntaria, "en tanto que depende de la voluntad no de una de las partes, sino de las dos, que ha de concurrir al respecto; de otro, es de iniciación 'interna', "como opuesta a aquellos supuestos de mediación obligatoria bien sea en los que una de las partes está conforme pero se cuenta con la oposición de la otra, bien sea contra el deseo de ambas partes"²⁴.

²¹ DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., págs. 82-83, quien más allá de lo dicho considera que "existe una falta de coraje e imaginación, más censurable cuando el sector funcional tendrfa que haber servido al ámbito privado en la implantación de tales medios... y es fruto de esa simplicidad, el Ordenamiento parece asumir... el establecimiento de una uniformidad de respuesta frecuente a situaciones conflictivas generalmente muy diferenciadoras".

²² DEL REY GUANTER, S., *op. ult. cit.* pág. 83.

²³ *Ibidem*, loc. ult. cit.

²⁴ DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., pág. 85. Puesto que nada establece la norma acerca del carácter público o privado del mediador se concluye por la doctrina que "si uno de los requisitos imprescindibles para los buenos oficios de un mediador es su imparcialidad, entonces la mediación del art. 38 ha de tener

carácter privado, esto es, que no podrá recaer en un tercero que tenga carácter de autoridad pública, en tanto que, objetivamente, su conexión con una de las partes -la Administración Pública- sería evidente". DEL REY GUANTER, S., "Comentarios...", cit., págs. 249-250; GONZÁLEZ-ORTEGA, S., "Los medios...", cit. pág. 47 y OJEDA AVILÉS, A., "La negociación...", cit., pág. 32 y SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *op. cit.*, pág. 335, éstos invocando la exigencia de imparcialidad derivada del Convenio 151 OIT, que excluye a las autoridades públicas desvinculadas del sector en conflicto.

La anterior opinión debe matizarse por cuanto, de un lado, no toda autoridad se encuentra directamente vinculada a una de las partes de la negociación como para que pueda reputarse parcial y, en consecuencia, según el ámbito del conflicto colectivo, algunas autoridades públicas pueden quedar descartadas o no como mediadoras según su implicación en el mismo; y, de otro, bien pudieran existir organismos *ad hoc* para la mediación cuya profesionalidad, experiencia y conocimiento técnico de la materia pudiera hacerlos especialmente idóneos para mediar en un conflicto colectivo en la función pública, sin que ello signifique comprometer su imparcialidad. Todo ello sin considerar que, habida cuenta la voluntariedad del recurso a la mediación y la libre elección del mediador -que habrá de ser de mutuo acuerdo-, el criterio de las partes será el mejor y único juicio importante sobre su imparcialidad, sin importar su carácter privado o público, si bien en este

caso no intervendrá en calidad de tal. GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, págs. 447-448.

²⁵ Cabe significar, no obstante, que un sector doctrinal se cuestiona el carácter voluntario de la mediación en los conflictos de intereses, pues si la alternativa a la mediación no es sino la determinación unilateral de las condiciones de trabajo (*ex. art. 37.2 Ley 7/1990*), cabría plantear hasta qué punto el que dependa de este último la decisión no atenta a lo dispuesto en el art. 8 del Convenio 151 OIT, en el cual se exige negociar la terminación de los conflictos novatorios sometidos a procedimientos independientes e imparciales (LÓPEZ GANDIA, J., "La negociación colectiva...", *cit.*, pág. 23 y OJEDA AVILÉS, A., "La negociación colectiva...", *cit.*, pág. 31). En este sentido, la fórmula interpretativa, salir de ese *impasse*, sería precisamente la de considerar el sistema de regulación unilateral como último paso en la determinación de las condiciones de trabajo (GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", *cit.*, pág. 460), es decir, en caso de desacuerdo, primero habría de intentarse la mediación y, sólo cuando ésta fracase, podría la Administración dictar un Reglamento unilateralmente para suplir el vacío normativo. El deber de negociar de buena fe que rige toda negociación parece exigir una solución de este género, pese a la literalidad del art. 38; (SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R. *op. cit.*, págs. 334-335).

²⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", *cit.* págs. 433 a 435.

²⁷ Y ello sin perjuicio de reconocer la posibilidad de que un

El aludir a la voluntariedad de la mediación no deja de ser una tautología, pues en la práctica sólo puede ser voluntaria, habida cuenta las recomendaciones del mediador no vinculan nunca a las partes y, en todo caso, se fundamenta siempre en la disponibilidad y confianza de las partes respecto del mediador²⁵. Así, sistematizando las manifestaciones de la voluntariedad, cabría señalar dos momentos de la misma²⁶:

Las partes "podrán" en un primer momento instar el nombramiento de un mediador, lo que excluye cualquier obligatoriedad en someterse a la intervención de un tercero ajeno al conflicto. Resulta claro, por tanto, que cualquiera de las partes podrá proponer acudir a un mediador, pero para su actuación se hará necesario el consentimiento de la otra.

En segundo lugar, la elección del concreto mediador tendrá lugar "de común acuerdo", sin que se prevea una posible nominación heterónoma del mediador en el caso de que las partes consintieran en acudir a la mediación pero discreparan en la elección de la concreta persona²⁷.

Cabe significar adicionalmente que la voluntariedad preside igualmente la evolución del procedimiento de mediación, pues, una vez iniciado, sólo continuará si las partes lo estiman conveniente²⁸, y si bien la mediación podrá cumplir otras funciones vinculadas a la publicidad del proceso, la oposición de una de las partes reducirá la posibilidad de acuerdo final y hará que los esfuerzos efectuados se diluyan en meras recomendaciones, cuyo fin no será sino la ineficacia²⁹.

pacto o acuerdo pueda establecer los mediadores a los que acudir en caso de conflicto colectivo, ya con carácter general, ya con carácter particular para determinados conflictos colectivos. SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *op. cit.*, pág. 336.

²⁸ Consiguientemente también las partes podrán volverse atrás, igualmente de mutuo acuerdo, decidiendo no continuarla. GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", *cit.*, pág. 434.

²⁹ Importantes resultan así las reflexiones efectuadas por DEL REY GUANTER, S., ("Los medios...", *cit.*, pág. 86-88), quien señala al respecto:

1. Que "si no la mediación obligatoria sí al menos habría que considerar como necesario un período durante el cual el tercero mediador pudiera convencer a las partes sobre los imperativos y consecuencias positivas de su labor".

2. "Existe, además, otra razón que puede aconsejar la mediación obligatoria, (pues) tiene entre sus muchas virtudes el ser cauce para 'salvar la cara' en determinados momentos del proceso negocial... Aceptar la intervención de un tercero, no por propia voluntad sino por exigencias de la Ley, e incluso hacer recaer la necesidad de aceptar una determinada posición como consecuencia de tal intervención, supone una vía de desplazamiento de responsabilidad".

3. En la medida en que el art. 38 no muestra datos suficientes como para calibrar el sistema escogido para nombrar el mediador cabría propugnar que "la necesaria aceptación del mediador en sí por las partes... no significa que no pueda existir una instancia externa independiente que se encargue de los aspectos procedimentales más idóneos para tal selección y de presentar a las partes el o los candidatos más idóneos".

4. Frente a su precedente, la Ley 7/1990 establece la posibilidad de que no exista un sólo mediador, sino varios "mediadores", en previsión a interpretar³⁰ bien como la posibilidad de nombrar más de un mediador para que actúen sucesivamente, bien como la de que actúen simultáneamente más de un mediador en una propia mediación plurisubjetiva; en cualquier caso como un supuesto excepcional, pues si bien en determinados supuestos la complejidad de los asuntos puede hacer aconsejable que varios neutrales expertos en distintos ámbitos objetivos absuelvan sus posiciones sobre las concretas circunstancias en presencia y las razones argumentadas por las partes en aras a un mayor rigor en la decisión final, no debe olvidarse que "la mediación es esencialmente una labor personal -unipersonal, para ser más exacto-, que se funda principalmente en las características técnicas de un individuo, que actúa en base a su conocimiento, intuición y, sobre todo, a su 'crédito personal' respecto a las partes. Su aceptabilidad y, más aún, la confidencialidad en todo el proceso no parece que puedan normalmente desarrollarse en toda su extensión con varios mediadores"³¹, por no aludir a las dificultades sustantivas y procedimentales que se introducirán en las ya de por sí complejas tácticas de mediación.

5. El instrumento de la mediación previsto en el art. 38 -en positiva previsión incorporada por la Ley 7/1990- puede aplicarse a todo tipo de conflicto, cualquiera que sea su naturaleza, sin que se establezcan exclusiones previas y dejando a las circunstancias presentes, en el caso concreto, la determinación de su viabilidad o inviabilidad.

En efecto, se admite su operatividad tanto en los conflictos de intereses -los originados por la imposibilidad de llegar a acuerdo en la negociación- como en los conflictos jurídicos -los que surjan en el cumplimiento de los acuerdos y pactos³²-.

En lo que se refiere a los primeros parece claro que la mediación puede constituir una vía de solución de los conflictos originados en el proceso negocial ordenado a fijar las condiciones de trabajo de los empleados públicos, vinculándose así directamente a lo previsto en los arts. 30 y ss.: es evidente, por tanto, que si unas materias pueden formar parte de contenido de la negociación, también sobre ellas puede operar la mediación, una vez producido el conflicto. No resulta tan clara, por contra, su virtualidad operativa respecto a las materias sometidas a consulta; en efecto, mientras un núcleo de autores³³ entiende que también en estos supuestos se ha de aceptar la vía solutoria de la mediación, considerando que las posibilidad de

³⁰ DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., pág. 88.

³¹ DEL REY GUANTER, S., "La nueva regulación", cit., pág. 290. "El mediador puede y debe recibir toda la información concerniente al caso directamente de las partes implicadas, y no con personas interpuestas, en tanto que, a falta de un poder de emitir decisiones vinculantes, toda su fuerza se basa en el contacto directo, a efectos de persuasión, con las propias partes". DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., pág. 89.

³² Según se reseña por la doctrina, en los últimos años se observa una significativa evolución en los ordenamientos jurídicos orientada a extender la mediación a los conflictos jurídicos que tradicionalmente habían sido reservados al arbitraje, en lo que se ha denominado "*grievance mediation*", subyaciendo a tal opción la idea de que bajo todo conflicto jurídico existe un conflicto de intereses y, en este caso, se pretende a través de la mediación alcanzar un compromiso a este efecto a partir del cual poder abortar la aplicación e interpretación del precepto en cuestión. DEL REY GUANTER, S., "Los medios extrajudiciales...", cit., págs. 90-91.

³³ DEL REY GUANTER, S., "Comentarios...", cit., pág. 248.

³⁴ Singularmente GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios", cit., pág. 44.

³⁵ Pues así lo permite tanto la dicción literal del art. 34, como razones de eficacia, búsqueda de consenso previo a la decisión o elusión de conflictos. Tan sólo razones de orden público podrían evitar convertir en negociable lo que sólo es objeto de consulta. GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 441.

³⁶ Vid. argumentación última y repercusiones de esta tesis por extenso en GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, págs. 441-444.

³⁷ Siguiendo a GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., págs. 435 y ss. DEL REY GUANTER, S., "La nueva regulación...", cit., págs. 290-292 y "Los medios extrajudiciales...", cit., págs. 91 y ss. y SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUI, R., "Los derechos sindicales...", cit., págs. 336-337.

³⁸ Defendido por algunos autores entendiendo que "permite fijar más claramente los términos del conflicto, identificar los problemas suscitados, dar más relevancia, sistematización y base argumental a las propuestas del mediador y facilitar la toma de posición de las partes en relación a la misma". GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 435.

³⁹ DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., pág. 435.

⁴⁰ Significativamente BEATO ESPEJO, M., "Función pública y organización administrativa", Cáceres (Universidad de Extremadura), 1992, pág. 171 y, sobre todo, GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., págs. 436-437, autor al que se sigue en esta exposición.

su utilización en la consulta a la que se refieren los arts. 33 y 34 son muy limitadas, a no ser precisamente que sea para resolver conflictos sobre la procedencia de la misma consulta en vez de la negociación; otros, en cambio, mantienen sin matices que puesto que las materias no son susceptibles de negociación, tampoco puede operar en ellas la mediación, cuyo objeto no es sino un acuerdo que no tiene por qué darse en este caso. Un último sector³⁴ distingue, por último, entre aquellas materias sometidas a consulta sobre las que la decisión última corresponde a la Administración Pública –que podrían ser negociadas con las organizaciones sindicales³⁵– y aquellas respecto de las cuales la Administración carece de la capacidad de decidir en última instancia; ahora bien, desaparecida la reserva de ley y la autorización de las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas –que en el supuesto de decisiones que implicasen el incremento de disponibilidades presupuestarias preveía el art. 33 de la Ley 9/1987–, este segundo núcleo de materias desaparece y, en consecuencia, esta tesis vendría a coincidir con la inicialmente expuesta³⁶.

6 En cuanto al desarrollo procedimental de la mediación (al que sólo se refiere el párrafo 3º del art. 38, estableciendo, que "las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato"), y habida cuenta la ausencia de la determinación reglamentaria a que alude el art. 38.2 Ley 9/1987, cabe hacer referencia a los siguientes aspectos más señeros³⁷:

A) El mediador no sólo deberá proponer, sino que las propuestas deberán hacerse públicas inmediatamente. Se da así continuidad por la Ley 7/1990 a la filosofía básica del precepto y, a pesar de que se elimina el requisito de su escritura³⁸, se mantiene un proceso altamente "intervencionista" y "publicado"³⁹.

En efecto, el hecho de que el mediador haya de hacer recomendaciones o propuestas dota ya su intención de un importante formalismo –por más que pudiera ser ciertamente flexibilizado, en tanto se admitiese que no excluye una mediación más informal por el mismo o distinto mediador con anterioridad a tal fase–, pero la obligación de que además tengan que ser publicadas acentúa tal carácter formal, en una nota que abre la polémica entre sus defensores y sus detractores.

Entre los primeros⁴⁰ se extiende lo oportuno de la misma –dirigida a los "terceros interesados": los funcionarios públicos afectados o la opinión pública general– en tanto "se pretende con ello forzar la seriedad y la buena fe en la negociación, evi-

tar comportamientos conflictivos sin fundamento real o de escasa entidad, eliminar actitudes injustificadas de rechazo a las soluciones propuestas y forzar, en fin, una mejor y más sólida argumentación de las posiciones respectivas utilizando para ello el control colectivo y social representado por los funcionarios públicos directamente interesados y por la opinión pública... Con ello se condicionan, obviamente, las posturas de las partes en la propia negociación y se pretende evitar, utilizando el control social en términos preventivos, un conflicto innecesario o poco justificado, excesivamente enconado o prolongado en el tiempo".

Para los segundos⁴¹ la publicidad no sólo acentúa el carácter formal –acercándola peligrosamente a la figura del *fact finding*– sino que elimina "del proceso de mediación el arma más poderosa de un mediador en sentido estricto, la confidencialidad en su relación con las partes", en tanto "las partes no estarán dispuestas normalmente a revelar sus posiciones últimas, sus posibles niveles de concesión, a una persona que va a poder utilizar tal información para la realización de recomendaciones públicas". Se mantiene, además, que la publicidad de las propuestas –y también de la oposición de las partes– no siempre supone un elemento de presión para éstas, pues "el papel de la opinión pública en el proceso negocial varía acentuadamente según factores tales como la dimensión de la comunidad, el nivel de acceso del público a los medios de información, la forma en que éstos presentan la información respecto al conflicto en cuestión, la naturaleza de las materias que se discuten, la percepción de la sociedad respecto a las partes, etc."⁴².

B) También –y lógicamente– continúa la filosofía del precepto respecto a la necesidad de que la oposición de las partes se haga pública de inmediato (no ya "de forma razonada y por escrito" –aunque la publicidad de la oposición de las partes parece al menos exigir una toma de posición escriturada y mínimamente razonada⁴³ –). La finalidad es idéntica a la reseñada y correlato lógico –tanto en los argumentos a favor como en contra– de la obligación que pesa sobre el mediador.

C) Respecto de la referencia concreta a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de publicidad cabe efectuar una diferencia según ésta afecte a las propuestas del mediador o a las de la oposición de las partes⁴⁴:

En lo que se refiere a la publicidad de las propuestas del mediador cabría considerar que la responsabilidad ha de pesar sobre el que interviene como tercero y centraliza las informaciones y tomas de posición de las partes en relación con sus propuestas, ante la ausencia de intervención de un órgano pú-

⁴¹ Por todos, DEL REY GUANTER, S., "La nueva regulación...", cit., págs. 290 y ss. y "Los medios extrajudiciales...", cit., págs. 91 y ss. autor de quien provienen las reflexiones sistematizadas en el texto.

⁴² Al respecto, el autor significa su carácter especialmente inapropiado en los conflictos derivados de la aplicación, interpretación y cumplimiento de los acuerdos y pactos. "Si ya de por sí resulta en muchos casos inefectiva e inconveniente en el supuesto de los conflictos de intereses, en el de los jurídicos tales características se acentúan en extremo. Puede ser que, en el caso de conflictos jurídicos colectivos de enorme transcendencia y que hayan provocado o vayan a provocar medidas de presión, tal publicidad pueda ser en ciertos casos conveniente. Pero en la mayoría de los conflictos jurídicos colectivos y, sobre todo, en la totalidad de los conflictos jurídicos individuales, tal publicidad carece de sentido. Piénsese en la 'noticiabilidad' que, en general y en circunstancias normales, puede poseer un conflicto entre la Administración y un colectivo determinado dentro de sus cientos de miles de funcionarios respecto a una controversia sobre la jornada de trabajo a cumplir o a una diferencia salarial, y el interés que la opinión pública puede tener en presionar en un determinado sentido en esa controversia". DEL REY GUANTER, S., "La nueva regulación...", cit., pág. 292.

⁴³ DEL REY GUANTER, S., "La nueva regulación...", cit., pág. 290 y SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *op. cit.*, pág. 337.

⁴⁴ Siguiendo a DEL REY GUANTER, S., "Los medios...", cit., págs. 436-437.

blico como tercero ajeno al conflicto. No se puede extender tal responsabilidad a la Administración o a los sindicatos, pues ello implicaría, en primer lugar, prescindir de reconocer el interés adicional que pudiera tener el mediador –no se olvide la objeción expuesta de la confidencialidad– en que sus propuestas sean conocidas para que pueda ser valorada tanto su intervención como el esfuerzo desarrollado para obtener el acuerdo; y, en segundo término, significaría poner en manos de la Administración una información de la cual podría hacer un uso interesado, de oportunidad y parcial.

En lo que se refiere a las consecuencias vinculadas al incumplimiento de la obligación, dar publicidad cabe entender que no influirá sobre el proceso de mediación, haciendo surgir, a lo sumo, una posible responsabilidad del mediador por incumplimiento de una obligación legal.

D) La ley no efectúa ninguna ordenación temporal del proceso mediador, no señala ningún momento concreto para dar inicio al mismo (por lo que las partes disfrutarán de plena libertad para poder intentarla a lo largo del proceso negociador o de la aplicación del pacto o acuerdo colectivo) ni para designar al mediador o dar respuesta a las propuestas de éste.

Esto se vincula a la *preocupación relativa* del legislador por la rapidez en la solución del conflicto, que singularmente se expresaba en el art. 38.2 de la Ley 9/1987 al establecer la necesidad de enviar las respuestas de las partes en el plazo de quince días, y que se mantiene en la obligación de hacer públicas las propuestas del mediador y la oposición de las partes “de inmediato”, pero que encuentra inconvenientes para su propia eficacia, primero en los obstáculos ya apuntados, y segundo en la ausencia de parámetros temporales para la negociación, pues la única referencia temporal existente en la norma es que se haya originado, por imposibilidad de acuerdo o por cumplimiento de lo acordado (sin perjuicio de admitir la mediación “preventiva”, mediante la presencia de un tercero cuya actuación está destinada a evitar que se planteen situaciones de conflicto⁴⁵). Y todo ello sin perjuicio de reconocer que más importante que la delimitación pre o post conflictual “es la fijación de la mediación con carácter previo o posterior a la declaración o existencia de *facto* de un *impasse* final y, relacionado con ello, con anterioridad o posterioridad al ejercicio de una medida de presión”⁴⁶, por cuanto la mediación puede intentarse en cualquier momento a lo largo del proceso de determinación de las condiciones de trabajo, sin que la norma exija un momento procesal concreto para ello, transcurrido el cual no pudiera ya tener lugar, en lo que,

⁴⁵ DEL REY GUANTER, S., “Los medios...”, cit., pág. 94.

⁴⁶ DEL REY GUANTER, S., “Los medios...”, cit., pág. 95.

sin duda, es la muestra más cuestionada⁴⁷ de una necesaria flexibilidad de la mediación, por cuanto si bien las partes pueden determinar la mediación tanto después de un *impasse* inicial o de un *impasse* final –habida cuenta no se contiene declaración expresa al respecto y no se conoce formalmente tal situación– cabe considerar que “tal discrecionalidad, que dudamos que deba ser conveniente mantener no obsta para que el Ordenamiento pudiera mostrar una preferencia determinada, y ella, sin duda debería dirigirse a la mediación previa a un *impasse* final”⁴⁸, de forma que bien pudiera sostenerse que “la mediación encuentra su punto de inicio más favorable con anterioridad a la declaración de huelga (que) cumple la trascendente misión de establecer un plazo límite para el éxito de la mediación en sí, y que sirve para acumular presión sobre las partes lo que es de máxima utilidad en la estrategia mediadora”⁴⁹.

Por lo demás, y según se ha anticipado, la fórmula más apropiada para potenciar la eficacia de la mediación se encuentra en dotarla de criterios flexibles y poco formalistas, que pueden incluir la realización previa a la mediación formalizada de unas tareas de acercamiento entre las partes y propuestas provisionales (mediación informal) e, incluso, tras agotar las fases de mediación previstas en el art. 38, mantener la posibilidad de que las partes puedan seguir intentando otros medios extrajudiciales –incluso la propia mediación con el mismo o un nuevo mediador– de solución del conflicto⁵⁰.

⁴⁷ Si bien defendida, entre otros, por GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Los medios...”, cit., pág. 437.

⁴⁸ Cuando aún no ha existido una ‘petrificación’ en las posiciones de las partes y cuando las típicas tensiones del proceso negocial han deteriorado gravemente la relación de confianza e incluso de cordialidad entre las partes. DEL REY GUANTER, S., “Los medios...”, cit., pág. 96.

⁴⁹ Pues una vez se han desencadenado las medidas de presión “su función se va a centrar en recomponer la relación negocial y reducir la extensión de tales medidas. En este caso, la presión sobre las partes vendrá dada por el límite de perjuicio que pueda soportar y por los beneficios que se deriven tanto de una terminación de estas medidas como de la consecución de un compromiso en sí”. DEL REY GUANTER, S., *op. ult. cit.*, pág. 96.

No en vano, “la función de esta mediación es esencialmente limitar o retrasar, acelerando la solución de los conflictos, la posibilidad de que, por la parte funcional se adopten medidas de presión... En este sentido, debemos señalar la importancia que puede tener en la Función Pública el establecimiento de ‘períodos de espera’ en la adopción de tales medidas, de forma que, durante un plazo determinado, las partes hayan de negociar o acudir a la mediación antes de que estas últimas puedan ser utilizadas”. DEL REY GUANTER, S., “Comentarios...”, cit., pág. 252.

⁵⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Los medios...”, cit., pág. 435. De ahí lo sugerente de la propuesta formulada de *lege ferenda* por DEL REY GUANTER, S., (“Los medios...”, cit., págs. 98 y ss.), interpretando la posibilidad de que las CCAA desarrollen una regulación que, respetando el contenido del art. 38, lo perfeccione

y lo complemente, y de que la negociación colectiva pueda perfeccionar y desarrollar medios complementarios, adaptándolos a las distintas relaciones negociales, en una diversidad flexible de los mismos siempre perfectamente coordinados y acotados en el tiempo, de forma que se incentive en la práctica su utilización, y que bien pudiera pasar no tanto por la utilización de fórmulas puras (conciliación, mediación, arbitraje...), cuanto combinación de distintos medios extrajudiciales por una misma persona y en un mismo procedimiento (como sucede con la combinación mediación informal-arbitraje, e incluso mediación formal-arbitraje –siempre que exista similitud de procedimiento–). Exigiendo, en cualquier caso, una perfecta delimitación de las instancias heterónomas que pueden intervenir en el proceso negocial en la función pública.

⁵¹ Así GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 445, rechazando con contundentes argumentos que la opción acerca de la intervención del mediador, así como la elección concreta del mismo, no requiriesen de tal nivel cualificado de acuerdo (no así, lógicamente, la decisión de asumir o rechazar sus propuestas), pensando que su papel se limita a hacer propuestas que, en última instancia, deberán ser aceptadas por las partes.

⁵² SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., "Los derechos sindicales...", cit., pág. 336. Ha de observarse, no obstante, que en los conflictos de interpretación y aplicación de los pactos y acuerdos un sector doctrinal plantea el problema de si, por la parte sindical, la mayoría necesaria podría integrarse también por quienes, con derecho a estar presentes en la mesa de negociación, no suscribieron, sin embargo, el acuerdo (o, lo que es lo mismo, si la administración del acuerdo o pacto corresponde únicamente a los firmantes o también a quienes sin hacerlo se ven igualmente afectados por el mismo, habida cuenta su eficacia general). Se admite así que, mientras un enfoque contractualista (que tenga en cuenta la naturaleza del acuerdo de aceptación de las propuestas del mediador) llevaría a afirmar que la administración del acuerdo corresponde sólo a los firmantes, un enfoque normativo (que considere su aplicación general y la negociación como algo dinámico, no limitado al momento de elaboración del acuerdo) podría conducir a aceptar que incluso quienes no firmaron el acuerdo o pacto pudieran contribuir a decidir la intervención del mediador, a designarlo y, en última instancia, a aceptar sus propuestas. GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit. págs. 446-447.

E) Conforme se ha anticipado (y prevé el art. 38.1 Ley 9/1987), para acordar la mediación y elegir al mediador o mediadores son las administraciones públicas y los sindicatos, a los que se refieren los arts. 30 y 31.2 de la propia ley, los facultados.

En este sentido resultarán competentes para decidir la intervención del mediador y su elección, tanto de la parte sindical como de la Administración, quienes estén legitimados para suscribir los pactos y acuerdos, en cada caso, y con las reglas que se establezcan, también en cada caso para ello⁵¹; "ello es lógico, dado que la aceptación de las propuestas del mediador o mediadores constituye un 'sucedáneo' de acuerdo"⁵².

7. Ante el silencio de la ley (y a diferencia de lo que se prevé en los arts. 17 y 18 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo –inaplicable a los funcionarios–), cabría sostener⁵³ que la parte sindical puede utilizar medidas de presión (singularmente la huelga) antes, durante o después de la mediación, en la medida en que ésta no es sino un instrumento auxiliar de la negociación.


8. La finalización de la mediación únicamente podrá producirse de dos formas: con su fracaso o con su éxito.

En el supuesto de que la mediación fracase en su objetivo de dar fin al conflicto⁵⁴ no cabrá sino buscar su solución a través de otras vías⁵⁵: mediante otros medios de solución de los conflictos colectivos (conciliación, arbitraje, decisión administrativa o intervención judicial), entre los que no puede excluirse un nuevo intento de mediación; o bien a través de la propia continuación de la negociación, si resultara factible. Sí importa dejar constancia al respecto –y según se ha expuesto– del relieve que puede alcanzar el fracaso de la negociación colectiva en orden a la posibilidad de acudir a la decisión administrativa unilateral prevista en el art. 37.2 para ordenar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

⁵³ DEL REY GUANTER, S., "Comentarios...", cit., pág. 252 y SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., "Los derechos sindicales...", cit., pág. 336.

⁵⁴ Y ello tanto si sucede en su fase inicial, cuando una de las partes no acepta acudir a este instrumento de solución de conflictos (que, según se ha dicho es voluntario); o cuando acordada la mediación no existe acuerdo en torno a la persona del mediador, ya, por último, cuando en su fase final ambas partes –o una de ellas– no acepten las propuestas del mediador.

⁵⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, pág. 448. Los mismos medios, pero clasificados según se trate de conflictos colectivos de intereses o jurídicos, en SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *op. cit.*, pág. 337.

En el supuesto de que la mediación tenga éxito, y acepten las partes, las propuestas del mediador, sus consecuencias variarán según se trate de un conflicto jurídico o de intereses. En el primer caso, la interpretación alcanzada en el acuerdo adquirirá "la misma eficacia que si el resultado hubiera sido fruto exclusivo de la negociación entre las partes"⁵⁶, "comprometiendo de igual forma y con el mismo alcance a las partes en conflicto y a todos los interesados o afectados por la misma"⁵⁷. En el segundo, y tratándose de un conflicto de intereses, ha de subdistinguirse a su vez, de un lado, lo ocurrido sobre materias sometidas a consulta respecto de las cuales la Administración haya admitido la negociación, supuesto en el cual el acuerdo únicamente comprometerá a la Administración a regular una materia de una determinada manera o a impulsar que tal acuerdo se traduzca en las oportunas normas o resoluciones parlamentarias⁵⁸; y, de otro, lo obtenido sobre materias susceptibles de negociación, que pondrá final al conflicto y tendrá la misma naturaleza y régimen jurídico que el acuerdo o pacto directo de las partes, y para su conversión en norma jurídica habrá de seguir el mismo camino que éstos⁵⁹. 

⁵⁶ DEL REY GUANTER, S., "Comentarios...", cit. pág. 252.

⁵⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 449.

⁵⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, pág. 448-449.

⁵⁹ SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUIJ, R., *op. cit.*, pág. 337

Burocracia e transición política. Algúns apuntamentos sobre o caso español (1975-1982)

Profesora de ciencia política.
Facultade de Socioloxía.
Universidade da Coruña

Laura Román Masedo

I.

Introducción

A cuestión da "identidade parcial" entre a burocracia e outros grupos de poder foi unha das principais liñas de investigación no estudio das elites político-administrativas no noso país durante os últimos vinte anos¹. Os resultados destes estudos puxeron de manifesto, polo que a este traballo se refire, que aquela identidade parcial caracterizou a relación entre política

¹ BAENA DEL ALCÁZAR, M., "El poder económico de la burocracia en España" e "Los ministros burócratas" en *Información Comercial Española*, n.º 522, 1977; BAENA DEL ALCÁZAR, M., e J.M., GARCÍA MADARIA, "Élite franquista y burocracia en las Cortes actuales" en *Sistema*, n.º 28, 1979; BAENA DEL ALCÁZAR, M., L., GARRIDO, e N., PIZARRO, "La élite española y la presencia en ella de los burócratas" en *Documentación Administrativa* n.º 200, 1984; BAENA DEL ALCÁZAR, M., e N., PIZARRO, "The Structure of the Spanish Political Elite", MOORE, G., (ed.), *Studies on the National Structure of Elite Groups*, Vol.1, JAI Press, Greenwich, 1985; BAÑÓN MARTÍNEZ, R., "Burocracia, burócratas y poder político" en *Información Comercial Española*, n.º 522, 1977; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J., *Burocracia y poder político en el Régimen Franquista*, INAP, Madrid, 1984.

e Administración en España e fíxoo, de moi distintas maneiras, polo menos dende o período da Restauración borbónica². Neste contexto, é posible afirmar que as interpretacións³ tradicionais do papel da burocracia pública respecto doutras institucións do sistema político, dificilmente poden aplicarse ó caso español, a non ser que isto se faga coa intención de comparar situacións ben distintas. Así, a burocracia española nin xogou o papel que a teoría liberal lles asignou ás burocracias públicas, como instrumento neutral de execución de decisións tomadas polo poder "político", nin tampouco poden atribuírselle doses de autonomía que deixen fóra da análise a súa relación con outras institucións sociais e políticas⁴. O asunto, cremos, é algo máis complexo. E éo, para empezar, porque descarta-la subordinación e a autonomía como cualificativos para defini-lo papel da burocracia española dentro dun contexto político-social máis amplo, obríganos, polo menos, a formular algunha hipótese alternativa sobre o dito papel...

O obxectivo destas páxinas é, sen embargo, moito máis modesto. Neste sentido, o traballo refírese só a un dos múltiples aspectos da identidade parcial entre burocracia e outros grupos de poder, como é a ocupación de postos políticos por altos funcionarios⁵. Dentro do contexto máis amplo da relación entre política e Administración no noso país, propoñémonos analizar-la dita ocupación para o caso dos altos cargos da Administración central civil do Estado⁶ durante o período da transición política. Sen entrar agora nas diferentes posicións en torno á delimitación cronolóxica da transición española, nin nas dificultades para determina-lo contido preciso do concepto de "alto cargo", entenderemos por transición o tempo que transcorre entre a morte do xeneral Franco e a chegada ó poder do Partido Socialista, e por "altos cargos" o conxunto de postos de nomeamento por decreto que, dentro do Executivo, van dende o de ministro ata o de director xeral.

Non se trata, sen embargo, de aborda-la cuestión anterior fóra dun contexto máis amplo, nin de asoballa-lo lector cun aluvión de datos sobre cántos funcionarios ocupaban qué postos. Polo tanto, antes de entrar na análise das cifras relativas á ocupación de postos por altos funcionarios nos altos cargos ACCE, referímonos brevemente, en primeiro lugar, ás principais correntes no estudio da relación entre política e Administración dende principios dos anos 70 e, en segundo lugar, ás dificultades que encerra o estudio da relación entre política e Administración no marco máis amplo do problema burocracia/democracia en momentos de transición política.

² Véxase JULIÁN ÁLVAREZ, *op. cit.*, páx. 114, 1984.

³ Interpretacións, por outra parte, que moitas veces teñen un carácter claramente normativo.

⁴ Neste sentido, facemos nosa a seguinte afirmación de Ezra Suleiman: "This two extreme views -subordination and autonomy- of the role of bureaucracy in a political system have had an unfortunate consequence: the have hindered the study of the bureaucracy as an integral, and dynamic, part of the political system. In other words, the bureaucracy has seldom been seen as an institution that operates within the larger politico-administrative framework", SULEIMAN, E., *Politics, Power and the Bureaucracy in France. The Administrative Elite*, Princeton University Press, Princeton, páx. 6, 1974.

⁵ Utilizaremos este termo como sinónimo do de burócrata. Ambos refírense a aqueles funcionarios "que pertencen a cuerpos para el ingreso en los cuales se exige actualmente titulación superior", GUTIÉRREZ REÑÓN, "Estructura de la burocracia española" en *Revista española de opinión pública*, n.º 3, páx. 41, 1966.

⁶ En adelante, altos cargos ACCE.

Un posible marco teórico

1. Burócratas e políticos. As achegas da doutrina dende principios dos anos 70

A presenza de altos funcionarios en calquera elite político-administrativa formula unha serie de interrogantes respecto do poder da burocracia e da súa capacidade para penetrar nas estruturas do poder político dunha sociedade. Inmediatamente, polo tanto, xorde a cuestión de en qué termos se produce a relación política/Administración nesa sociedade e cáles son os papéis que ambas teñen asignados nun sistema político determinado. Neste sentido, o lugar que ocupa a burocracia no goberno das sociedades industriais avanzadas⁷ foi obxecto de numerosas investigacións, sobre todo, e polo que aquí interesa, a partir dos primeiros anos da década dos 70.

Efectivamente, a crise do Estado de benestar marca un punto de inflexión no estudio do papel das burocracias públicas nos modernos sistemas de goberno. Actores principais nos procesos políticos de asignación de recursos nos estados de benestar que se consolidan trala Segunda Guerra Mundial, a súa participación nos ditos procesos comeza a ser analizada dende unha nova situación de crise económica e tamén política, que coloca as democracias occidentais nunha condición que algúns autores consideran como de auténtica "sobrecarga" (*overload*). Neste novo contexto de crise, a análise da participación dos funcionarios públicos nas tarefas de goberno abandona, polo menos como punto de partida, as ideas de subordinación e de autonomía da burocracia respecto do poder político, para pasar a estudia-lo seu grao de participación e de influencia nas ditas tarefas⁸, o que abre novas liñas de investigación que permiten unha aproximación ó estudio da relación entre política e Administración dende varias perspectivas diferentes.

Seguindo a clasificación de Peters⁹, a primeira destas liñas de investigación comprende o conxunto de estudos que aplican as teorías da elección racional (*public choice*) á análise do comportamento da burocracia. Autores como Niskanen, Downs ou Tullock, son os primeiros en lles recoñecer ás burocracias públicas un papel activo e un interese propio nas tarefas de goberno, partindo para iso das seguintes premisas. En primeiro lugar, os burócratas sempre perseguen manter e mellora-la súa situación para o que maximizan os dous recursos que controlan, a saber, os recursos orzamentarios e os recursos humanos. En segundo lugar, será obxectivo prioritario das burocracias públicas que os

⁷ Cfr., PETERS, B.G., The Problem of Bureaucratic Government, *The Journal of Politics*, Vol. 43, n.º 1, 1981.

⁸ Cfr., NIETO, A., *La Burocracia I. El pensamiento burocrático*, IEA, Madrid, páx. 831, 1976.

⁹ PETERS, B.G., *loc. cit.*, páx. 58 e segs, 1981.

bens e servicios que producen non poidan ser controlados polos mecanismos de mercado.

Unha segunda liña de investigación sería a que inclúe o conxunto de análises que Peters denomina "descriptivas". Pola súa vez, aquí encóntranse, por un lado, os estudos que baixo o nome xenerico de *bureaucratic politics* se lle aplicaron fundamentalmente ó estudio do papel da burocracia na política internacional en xeral e, de defensa en particular e, polo outro, aqueles que, para seguiren as investigacións de Robert Putnam, comezaron a estudar as actitudes dos funcionarios e os seus niveis de resposta ante as presións recibidas de distintos actores e dende distintos puntos do proceso político.

Por último, Peters refírese a un terceiro grupo de especialistas que, partindo das dificultades con que se encontran os gobernos para supera-las crises de diversa natureza en que se ven envoltas as democracias occidentais dende comezos dos 70, elaboraron unha serie de teorías sobre a "debilidade institucional" dos ditos gobernos e sobre as alternativas de dirección política que as burocracias públicas ofrecen fronte ás institucións representativas do sistema político. Rose, Crozier ou Sharpf son algúns dos autores, as conclusións dos cales sobre o papel político da burocracia van dende a súa consideración como elemento estabilizador do sistema político, polo menos a curto prazo, ata a da súa incapacidade para dota-lo sistema das doses de iniciativa e liderato necesarias para dirixilo.

Máis axustada ó punto de vista da relación entre política e Administración é a clasificación que Panebianco¹⁰ nos ofrece sobre a bibliografía máis recente dedicada á análise do rol político das burocracias. Segundo este autor, no conxunto de achegas que abordaron a dita análise, esta realízase seguindo dous enfoques alternativos. Por un lado encóntranse aquelas teorías que se enmarcan na "perspectiva dualista" e polo outro ás que lles corresponde a "perspectiva da política burocrática".

As teorías que se encontran dentro da "perspectiva dualista" parten da existencia diferenciada de dúas elites políticas que o son de dous subsistemas tamén diferenciados dentro do sistema político. As elites dos partidos e as elites burocráticas son grupos distintos que compiten por dirixi-los procesos de toma de decisións e a competencia das cales produce resultados diferentes en función da utilización dos recursos dos que cada elite dispón, en xeral, e pon en xogo en cada situación particular. Así, os resultados desta loita polo control do proceso político darán lugar á primacia dunha elite ou doutra, o que, pola súa vez, permitirá afirma-la existencia ou non dun "estado administra-

¹⁰ PANEBIANCO, A., "Las Burocracias Públicas", en Pasquino et al., *Manual de Ciencia Política*, Alianza Universidad, Madrid, páxs. 365-411, 1992.

tivo" ou simplemente alcanzar conclusións distintas segundo os casos analizados. Dentro desta perspectiva encontraríanse todas aquelas análises que poñen especial énfase no problema do control das burocracias públicas (control que adoita realizarse mediante a creación de sistemas que reforzan a capacidade de actuación das elites político-electivas, ben dentro da propia Administración, ben a través dalgunha clase de estrutura paralela) e da súa relación coa actividade político-partidista (que normalmente está en función do acceso da burocracia a postos electivos e das normas que regulan as súas posibilidades de participación nas actividades dos partidos políticos).

O segundo grupo de teorías ás que se refire Panebianco son aquelas para as que políticos e burócratas non poden considerarse dous grupos distintos, xa que a intervención de cada un deles nos procesos de toma de decisións políticas está cada vez menos determinada por valores e comportamentos que lle corresponderían ó modelo clásico de separación entre política e Administración. Para a perspectiva da "política burocrática", os papeis que tradicionalmente se lles asignaban ó político e ó funcionario perderon en boa medida a súa capacidade para explicalas actitudes dunha elite que máis ben parece comportarse de acordo cun modelo híbrido, modelo en virtude do cal ó que asistimos é a "una burocratización de los procesos políticos y, al tiempo, a la politización de los procesos burocráticos"¹¹. Do anterior dedúcese que o problema do control da burocracia pasa a un segundo plano, posto que as elites burocráticas, lonxe de encontrarse fronte ás do subsistema político-electivo, forman alianzas máis ou menos temporais con elas para entraren en competencia con outras elites, igualmente coaligadas, coas que, no seu caso, poden enfrontarse polo control dos recursos ou do proceso de toma de decisións.

Xunto coas clasificacións de Peters e de Panebianco, a nosa proposta¹² para ordenalas achegas que se viñeron producindo nos últimos anos sobre a relación entre política e Administración atende ó enfoque teórico que os distintos autores utilizan na súa análise da burocracia. A utilización de distintos enfoques non significa, nembargantes, que todas estas investigacións non compartan algúns dos seus obxectivos e das súas conclusións.

A preocupación principal de case todos estes traballos é responder a preguntas tales como quén goberna realmente as complexas sociedades modernas, cómo se debe entender a participación dos altos funcionarios nos procesos de toma de decisións e/ou cáles son os niveis de responsabilidade que se lles poden esixir a estes altos funcionarios. O punto de partida de todas elas

¹¹ PANEBIANCO, A., *loc. cit.* páx. 398, 1996.

¹² Dadas as dificultades para realizar unha clasificación exhaustiva do enorme número de monografías dedicadas ó estudo deste tema, queremos sinalar que calquera intento de sistematización destas non está libre dos inconvenientes que xera toda clasificación xeral na que certos autores e/ou certas obras parecen quedar "descolgados" das principais orientacións.

é o mesmo, a saber, o recoñecemento da implicación de ámbolos grupos humanos –políticos e funcionarios–, nas tarefas ou funcións de goberno. Así mesmo, existe o obxectivo común de “desenredar” o nó da complicada rede de relacións existentes entre os dous conxuntos de actores, as súas actitudes ante o proceso político e o seu grao de intervención neste. Podería afirmarse que, no fondo, o que está tras estes estudos é a difícil tarefa de descubrir cal é o límite entre a política e a Administración.

Respecto das conclusións ás que chegan os diferentes autores, estas dependen en boa medida dos contextos políticos nos que se analiza a relación entre ámbolos dous grupos. Nembargantes, apréciase en todos eles unha dedución xeral segundo a que o recoñecemento inicial da implicación de ámbolos grupos de actores nas tarefas de goberno se torna na comprobación empírica do exercicio de poder político por parte dos altos funcionarios, sexa cal sexa a súa situación que, polo demais, varía enormemente segundo os diferentes sistemas políticos.

Dende investigacións que se encontran nunha perspectiva claramente conductista ata aquelas que poñen maior énfase na relación entre a burocracia e outras institucións do sistema político, os estudos sobre a relación entre política e Administración poden enmarcarse, en termos xerais, nos tres enfoques seguintes.

En primeiro lugar está o “enfoque de actitudes”, dentro do que poderíamos distinguir dúas correntes, a saber, a representada polos estudos norteamericanos¹³, máis centrados no problema da relación entre democracia e burocracia, e a que reúne o conxunto de estudos europeos, máis preocupados polo poder político dos altos funcionarios¹⁴. Dentro deste enfoque poderían clasificarse todos aqueles traballos que se aproximan ó estudio das relacións entre políticos e funcionarios dende o punto de vista dos roles que ámbolos dous conxuntos de actores desempeñan de feito ou perciben desempeñar no proceso político. A base empírica destes estudos está constituída por entrevistas persoais a suxeitos pertencentes a ámbolos dous grupos ou na análise da súa interacción en políticas públicas concretas. Para este enfoque son as actitudes dos individuos as que determinan o seu comportamento no proceso político.

En segundo lugar encóntrase o “enfoque estrutural”¹⁵ que comprende aquelas investigacións que non estudian as relacións entre políticos e funcionarios como grupos humanos dos que, teoricamente, se esperan determinados comportamentos, senón entre a política e a Administración consideradas ambas como dous subsistemas do sistema político global. O impor-

¹³ Poden incluírse aquí algunhas obras como as de ABERBACH, J.D., R.D., PUTNAM, e B.A., ROCKMAN, *Bureaucrats and Politicians in Western Democracies*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1981, e KAUFMAN, H., *The Administrative Behaviour of Federal Bureau Chiefs*, The Brookings Institution, Washington D.C., 1981.

¹⁴ Dentro desta corrente pode citarse a obra colectiva editada en 1975 por MAITTEI DOGAN, *The Mandarins of Western Europe. The Political Role of Top Civil Servants*, Sage Publications, New York.

tante para este enfoque non son, polo tanto, os roles que os individuos desempeñan ou din desempeñar no proceso político, senón as relacións que necesariamente se deducen da configuración das institucións políticas e administrativas que conforman as estruturas de poder.

Por último pódese falar da existencia dun “enfoque mixto”¹⁶, combinación dos dous anteriores, que reúne o conxunto de análises que estudian as relacións entre políticos e funcionarios co propósito de chegar ás que existen entre institucións políticas e institucións administrativas, como subsistemas do sistema político. Este enfoque resalta a importancia dos roles dos individuos pero sempre no marco institucional concreto no que os ditos roles se desempeñan.

2. Burocracia, democracia e transición. O dilema político e outros dilemas

Dedicámo-lo apartado anterior a repasa-los distintos enfoques cos que se afrontou o estudio da relación entre política e Administración nas modernas sociedades industriais dende principios dos anos 70, anque ningunha das investigacións ás que fixemos referencia ata agora abordou o estudio daquela relación noutro momento que non fose de estabilidade política e sempre no contexto das consolidadas democracias occidentais.

Sen embargo, os anos 70 non só supoñen o comezo do proceso de crise económica e política ó que faciamos referencia máis arriba. Son tamén, sobre todo no final da década, os anos nos que se inicia a “terceira onda” de democratización e, polo tanto, a conseguinte incorporación ó reducido club da democracia dunha serie de países que estiveran vivindo con réximes autoritarios e totalitarios da máis variada natureza. No que aquí interesa, esta última vaga democratizadora veu acompañada dun cambio substancial no modo de aproximación ó estudio dos cambios de réxime político. Dende os enfoques que nos anos 60 e 70 buscaban atopa-las condicións sociais e económicas que fixesen posible a instalación de réximes democráticos viables, pasouse á análise da transición e consolidación democráticas a partir do papel negociador das elites, as eleccións estratéxicas ás que se enfrontan (sistema electoral, sistema de partidos, forma de goberno, etc.) e as interaccións entre elites e cidadanía, unha vez superada a fase de decadencia do réxime autoritario de que se tratase¹⁷.

Pois ben, cada vez son máis os especialistas no estudio das burocracias públicas que chamaron a atención acerca dun feito certamente sorprendente. Mentres que a bibliografía sobre os

¹⁵ Algúns dos representantes son HUGH HECLLO, (*A Government of Strangers. Executive Politics in Washington*, The Brookings Institution, Washington D.C., 1977) e, B. GUY PETERS (*The Politics of Bureaucracy*, Longman, Nova York, 1989).

¹⁶ Dentro deste enfoque encóntranse as obras de autores como CAMPBELL, C. e C.J., SZABLOWSKI, *The Superbureaucrats: Structure and Behaviour in Central Agencies*, Gage Pub. Ltd., Toronto/Ontario, 1980 e, a obra de EZRA SULEIMAN, *Politics, Power and Bureaucracy in France*, Princeton University Press, Princeton, N.J., 1974.

¹⁷ Para unha exposición sistemática deste cambio de aproximación na análise dos cambios de réxime político, véxase SHIN, D.C., “On The Third Wave of Democratization: A Synthesis and Evaluation of Recent Theory and Research” en *World Politics*, n.º 47, 1994.

procesos de transición política nos máis variados contextos xeográficos, políticos, sociais e económicos analizou con profusión a creación, comportamento e evolución do conxunto de institucións que, ó seguiren a terminoloxía empregada por Fred Riggs, poderíamos denominar "extraburocráticas" e que este autor inclúe no que el denomina "sistema constitutivo" (*constitutive system*)¹⁸, non é fácil encontrar achegas sobre o papel das burocracias públicas nos procesos de cambio de réxime e isto é particularmente certo polo que se refire ás burocracias civís¹⁹. Máis difícil aínda é encontrar análises das diferentes transicións políticas dende a perspectiva, non só do papel das burocracias públicas en todo o proceso, senón, e isto é o interesante, dende a capacidade das institucións do "sistema constitutivo" de controla-la burocracia, problema que, en definitiva, é o que está no centro do dilema burocracia/democracia²⁰. Neste sentido, resulta incluso paradoxal que a bibliografía anglosaxona, tan proclive a analiza-la burocracia dende a súa difícil articulación coa democracia, lle prestase tan pouca atención a este asunto²¹.

¹⁸ Estas son "(...) the set of institutions designed to implement popular sovereignty: namely, an electoral system, an elected assembly, and a party system". RIGGS, F., "Bureaucratic Links Between Administration and Politics" en Ali Farazmand (ed.), *Handbook of Comparative and Development Public Administration*, MARCEL DEKKER, Nova York, páx. 492, 1991. Véxase tamén RIGGS, F., "Coups and Crashes: Lessons for Public Administration" en ALI FARAZMAND, (ed.), *Modern Systems of Government. Exploring the Role of Bureaucrats and Politicians*, Sage, Londres, páx. 8 e segs, 1997. A diferenza da posición mantida por Riggs, nestas páxinas entenderemos que a expresión "sistema constitutivo" se refire exclusivamente ás institucións extraburocráticas da democracia.

¹⁹ Neste sentido, encontramos algunhas aseveracións especialmente contundentes. Na Introducción á obra colectiva editada por Elisa P. Reis e Haile K. Asmeron, estes autores afirman o seguinte: "(...) Both because the bureaucratic actor played a key role in the pre-democratic era and because, at the empirical level, efforts to promote bureaucratic reform as part of the democratization project has been widespread, it is had to tell why the democratization literature has so slighted the interplay between democracy and bureaucracy. In other words, while practitioners of administrative reform take it for granted that democratization requires bureaucratic changes, those who analyse the process or seek to formulate theories of democratic consolidation tend to neglect the administrative side of the power equation", (REIS, E.P., e ASMERON, H.K., *Democratization and Bureaucratic Neutrality*, Macmillan, Londres, páx. 3, 1996).

²⁰ Como algunha das últimas achegas da bibliografía especializada poñen de manifesto (neste sentido resulta especialmente interesante a obra colectiva editada por Ali Farazmand citada na nota 18), o problema da relación entre burocracia e democracia, nas súas máis variadas manifestacións, segue presentándose como unha cuestión central á hora de analiza-los modernos sistemas políticos e, sen dúbida, a cualificación desta cuestión como un verdadeiro "dilema político" non pode considerarse en absoluto esaxerada, (sobre esta cuestión véxase ETZIONI-HALEVY, E., *Bureaucracy and Democracy: a Political Dilemma*, Routledge & K. Paul, Londres/Boston, 1983).

²¹ Sobre esta cuestión atreveríamonos a afirmar que o mito da separación entre política e Administración, a conseguinte consideración da burocracia como un elemento "desconectado" dos outros compoñentes do sistema político e, en

Enfrontámonos, certamente, a unha cuestión de enorme complexidade, sobre todo se queremos chegar a conclusións de carácter xeral aplicables ós máis diversos contextos políticos, económicos e sociais²² ou se pretendemos utilizar como exemplo o papel que unha determinada burocracia pública xogou nunha experiencia de democratización concreta para explicalo papel doutra burocracia pública noutra experiencia de democratización distinta.

En primeiro lugar, e este non é un tema de menor importancia, a análise do papel das burocracias públicas nos procesos de transición cara á democracia esixiría alcanzar certo consenso en torno ó propio significado do termo "burocracia" que debemos utilizar²³. Pero se, ademais, tratamos de centra-la nosa análise (como sería o realmente interesante) no estudio do persoal ó servizo das administracións estatais que ocupa os postos máis altos da súa estrutura administrativa²⁴, o problema faise aínda máis complexo, posto que o termo "alto funcionario" encerra, como mostra o Cadro 1, unha moi variada tipoloxía producta do cruzamento de (polo menos) dúas variables: (1) as características do posto en cuestión e (2) as características das persoas que ocupan maioritariamente o posto en cuestión. Polo tanto, a primeira dificultade para unha análise comparada das buro-

definitiva, a negación da natureza política das burocracias públicas, foi especialmente prexudicial á hora de considera-lo factor burocrático como un máis dos que deben analizarse nos procesos de transición e consolidación democráticas.

²² Referímonos, por exemplo, ó tipo de conclusións xerais ás están chegando algunhas das últimas achegas no estudio das transicións políticas respecto da relación entre presidencialismo, parlamentarismo e consolidación democrática. Neste sentido, véxase, entre outros, LINZ, J., e A., VALENZUELA, *The Failure of Presidential Democracy*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1994 e, LIJPHART, A., "The Southern European Examples of Democratization: Six Lessons for Latin America" en *Government and Opposition*, en especial páx. 75 e segs. 1990.

²³ Non parece inconveniente recordar aquí que calquera texto que aborde o tema da burocracia, desde as máis variadas perspectivas, ha de comezar explicando a qué se está chamando burocracia e a quen se está definindo como burocratas. Para mostra un botón: HILL, L., (ed.), "Introduction: Public Bureaucracy and the American State", *The State of Public Bureaucracy*, Sharpe Inc., Nova York, páx. 2 e segs. 1992.

²⁴ Diferentes análises comparativas sobre as burocracias públicas puxeron de relevo a importancia do estudio deste estrato burocrático pola súa particular situación de proximidade (proximidade que vai desde a simple veciñanza ata a absoluta interconexión) respecto das institucións extraburocráticas do sistema político. Neste sentido, a construción de marcos teóricos para a comparación entre diferentes burocracias públicas inclúe como unha das dimensións de obrigada exploración (cando non se centra na) relación entre a alta burocracia e os compoñentes extraburocráticos do sistema político. Véxase, entre outros, PIERRE, J., (ed.), *Bureaucracy in the Modern State. An Introduction to Comparative Public Administration*, EDWARD ELGAR, ALDERSHOT, páx. 10 e segs. 1995 e, HEADY, F., *Public Administration. A Comparative Perspective*, Marcel Dekker, Nova York, páx. 75 e segs. 1991.

cracias públicas nos procesos de transición política resulta ser a mesma delimitación do obxecto de estudio, inconveniente que, por outra parte, non é alleo ós estudos sobre as burocracias públicas nos sistemas democráticos consolidados.

Cadro 1
Tipos de nomeamentos na elite político-administrativa

| Postos | Persoal nomeado para ocupa-lo posto | | |
|---------------------------------------|---|--|---|
| | (C) Políticos do partido ou da coalición no Goberno partidos no Goberno | (D) Outros profesionais non afiliados ó partido ou | (E) Funcionarios de carreira ou emprego permanente |
| (A) De designación política | (A) + (C) Nomeamentos partidistas | (A) + (D) Nomeamentos políticos non partidistas | (A) + (E) Nomeamentos político partidistas e/ou non partidistas |
| (B) Dentro da carreira administrativa | Corrupción do sistema | Corrupción do sistema | Discrecional/Non discrecional |

En segundo lugar, analiza-lo papel das burocracias públicas nos procesos de transición política esixe un esforzo adicional respecto da análise doutras institucións do sistema político. Neste sentido, e a diferenza do que ocorre no caso das institucións extraburocráticas, encontramos varias razóns polas que é máis difícil limita-la dita análise ó momento da transición política (sexo cal sexo a delimitación temporal desta en cada caso). Estas razóns serían, entre outras, as seguintes.

A) As burocracias públicas (civís e militares) son a única institución do sistema político, a aparición da cal está intimamente ligada á propia aparición do Estado moderno e, na Europa continental, ás distintas formas de absolutismo monárquico que o consolidan a partir do século XVI²⁵, sendo a súa existencia anterior á incorporación das institucións do "sistema constitutivo" ó proceso político²⁶. Dende este punto de vista, o diferente ritmo histórico que segue a aparición e consolidación das institucións da democracia sitúa as burocracias públicas en posicións ben distintas respecto das demais institucións do sistema político, de maneira que a burocracia de cada país resulta ser un "produto" histórico, a posición da cal no dito sistema está especialmente relacionada con acontecementos que van máis alá do momento concreto no que se produce a decadencia do réxime autoritario e o comezo da transición cara á democracia.

B) Directamente relacionado co anterior está o feito de que, a diferenza do que ocorre coas institucións do "sistema constitutivo" e por obvia que sexa a afirmación, as burocracias pú-

²⁵ O caso das democracias anglosaxonas merecería, neste sentido, unha análise particularizada. De tódalas formas, non nos referimos aquí á profesionalización da burocracia civil e á articulación de diferentes sistemas de función pública, proceso que, como é ben sabido, comeza a producirse en distintos momentos ó longo do século pasado, tanto en Europa como en Estados Unidos.

²⁶ E isto, claro está, referíndonos exclusivamente ó contexto europeo posto que outros son os factores que hai que considerar no caso dos réximes políticos que aparecen tras procesos de ruptura revolucionaria coa metrópole ou de descolonización. Precisamente un dos argumentos utilizados para explica-la inestabilidade dos diferentes réximes políticos que aparecen no marco do proceso de descolonización que ten lugar despois da Segunda Guerra Mundial, constrúese en torno ó desequilibrio herdado entre unha burocracia relativamente moderna baseada na existencia dalgún tipo de sistema de mérito e un "sistema constitutivo" moi fráxil, formado por institucións democráticas escasamente desenvolvidas e incapaces de controla-las distin-

blicas existen antes e despois da desaparición do réxime autoritario e/ou totalitario (sempre e cando a dita desaparición teña lugar de maneira máis ou menos pacífica) o cal significa (polo menos) un par de cousas: a) que a burocracia tivo que xogar algún papel no réxime anterior e b) que aquel papel e o que poida xogar a partir da desaparición do réxime ha de estar necesariamente condicionado polas características deste. De entre estas cremos que resultan especialmente relevantes as seguintes: a) O carácter civil ou militar do réxime autoritario que desaparece; b) A existencia ou non dun partido único sostido por un forte aparato ideolóxico e por unha burocracia propia; c) A necesidade ou non de crear unha estrutura burocrática allea e paralela á estrutura burocrática do réxime (sexa esta a dun partido único ou non) e, d) A posición do réxime dentro ou fóra da economía capitalista de mercado.

Pois ben, aínda que as dificultades que acabamos de apuntar o sexan, especialmente, á hora de elaborar un marco de referencia común para analizar distintas burocracias en diferentes procesos de transición, cando nos enfrontamos ó estudio de casos concretos, as ditas dificultades convértense nun dos maiores alicientes da investigación.

A necesaria existencia dalgunha forma de estrutura burocrática antes e despois da desaparición do réxime autoritario e, polo tanto, a súa especial posición respecto do mesmo réxime (fóra ou dentro del, como actor protagonista, secundario ou simple figurante), son circunstancias que converten a burocracia (incluso despois de pasar por algún proceso de "depuración") nunha fonte de información privilexiada como observador participante ou simplemente como participante no proceso de cambio político. Así o están poñendo de manifesto recentes achegas acerca da relación entre burocracia e transición e consolidación democráticas. Mentres que algunhas investigacións puxeron maior énfase nas consecuencias que o cambio de réxime tivo para a inicial reforma e posterior modernización das administracións públicas nas súas dimensións central, rexional e local²⁷ e outras se centraron na interconexión entre elites políticas e burocráticas no proceso de cambio de réxime²⁸, non faltan algúns traballos nos que non se dubida en analiza-lo comportamento burocrático como variable independente, tratando de demostrar, neste sentido, cómo o dito comportamento ten consecuencias decisivas na propia consolidación democrática²⁹. Neste contexto queremos situar a nosa análise do papel da burocracia española no proceso de transición política, análises algunhas, os resultados das cales expoñemos a continuación.

tas formas de "exceso" burocrático (fundamentalmente no caso das burocracias militares). Cfr., RIGGS, F., *loc. cit.* páx. 501 e segs, 1991.

²⁷ HESSE, J., "From transformation to modernization: Administrative Change in Central and Eastern Europe" en *Public Administration*, Vol. 71, 1993.

²⁸ DERLIEN, H.-U. e, G.J., SZABLOWSKI, (eds.), *Regime Transitions, Elites, and Bureaucracies in Eastern Europe*, monográfico de *Governance*, vol. 6, n.º 3, 1993.

²⁹ REIS, E.P. e Z.B., CHEIBUB, "Bureaucratic Elite, Political Culture and Democratization y Brazil" en REIS, E.P., e H., ASMERON, *op. cit.*, páx. 219, 1996. Véxase tamén, REIS, E.P., "Burocratas y políticos en la política brasileira actual" en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n.º 123, 1990.

III

Burocracia e transición política en España

1. Altos funcionarios no executivo

Sinaláramos ó comezo destas páxinas que a cuestión da "identidade parcial" entre a burocracia e outros grupos de poder foi unha das principais liñas de investigación no estudio das elites político-administrativas no noso país durante os últimos vinte anos. Pois ben, unha das manifestacións máis claras daquela "identidade parcial" foi a tradicional ocupación de postos políticos por altos funcionarios, explicada, con frecuencia, polo baleiro político sobre o que foi crescendo unha Administración improvisada "cuya historia debemos comenzar en el segundo tercio del siglo XIX"³⁰. Neste sentido, a pregunta que trataremos de contestar a partir deste momento é a seguinte: o proceso de transición política que comeza en España a finais de 1975, ¿modificou en algo os termos nos que se viñera producindo a relación entre política e Administración no noso país? Dito con outras palabras, a presenza de altos funcionarios no executivo, ¿seguiu sendo unha das notas características da súa composición?³¹

a. *As cifras globais.*

No período da transición democrática encontramos un total de 3820 nomeamentos por decreto. A primeira distribución que interesa é a que se refire a dous conxuntos ben diferenciados desta constelación de nomeamentos que pode considerarse o universo de estudio.

Por un lado encóntranse os nomeamentos FR que son aqueles que, ou ben se producen durante a transición para persoas que xa ocuparan calquera posto de confianza política no réxime anterior³², ou ben se producen durante o réxime anterior e se manteñen en vixencia con data posterior a decembro de 1975 ata o cesamento da persoa nomeada³³. Esta, polo tanto, ocupa un posto de nomeamento por decreto durante a transición, anque o momento do seu nomeamento fose anterior, o cal significa que a confianza depositada nesa persoa queda automaticamente renovada como consecuencia da súa permanencia no posto de que se tratase trala apertura da etapa democrática.

Por outro lado, está o conxunto de nomeamentos TR que son os que recaen sobre persoas que non ocuparan cargo ningún no réxime anterior e que, ademais, reciben o seu ou os seus nomeamentos a partir de decembro de 1975. Este grupo sería, polo tanto, o que formalmente renova a elite político-administrativa.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Administración española*, Alianza, Madrid, páx. 117 e segs. 1985.

³¹ Só presentamos algúns dos resultados da investigación. Para a análise completa destes, véxase ROMÁN, L., *Funcionarios y Función Pública en la transición española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, en particular capítulos 4 e 5.

³² Sería o caso dunha persoa que fose nomeada e destituída para un ou máis cargos antes de decembro de 1975 e que volve-se ser polo menos nomeada para ocupar un cargo despois desa data.

³³ Sería o caso dunha persoa que puidese ser nomeada e destituída para un ou máis cargos antes de decembro de 1975 pero que, en calquera caso, mantívese algún dos seus cargos a partir desa data.

A este primeiro criterio –ocupación de postos no réxime anterior–, únese o da pertenza das persoas que ocupan os ditos postos, a corpos superiores de funcionarios da Administración central civil do Estado. Do cruzamento de ámbolos dous criterios obtense a seguinte distribución.

Cadro 2
Distribución de nomeamentos por decreto durante a transición en función da cualificación do ocupante e da ocupación de postos no réxime anterior

| | Outros | | Funcionarios | | Total | |
|--------------|-------------|-------------|--------------|-------------|-------------|------------|
| | Total | % | Total | % | Total | % |
| FR | 646 | 16,9 | 1046 | 27,4 | 1692 | 44,3 |
| TR | 1068 | 28,0 | 1060 | 27,7 | 2128 | 55,7 |
| Total | 1714 | 44,9 | 2106 | 55,1 | 3820 | 100 |

Fonte: elaboración propia a partir do banco de datos utilizado.

Da análise deste cadro podemos obter algunhas conclusións preliminares.

Unha visión xeral do conxunto de nomeamentos por decreto pon de manifesto a alta presenza de funcionarios no mesmo. Máis da metade dos nomeamentos, concretamente un 55,1%, recaen en persoas que pertencen a algún corpo superior de funcionarios, é dicir, un de cada dous nomeamentos recae nun burócrata. Un primeiro dato sobre o que, polo tanto, chamámo-la atención, é que a simple vista a identidade parcial entre a burocracia da Administración central do Estado e o conxunto de nomeamentos por decreto, segue sendo característica do recrutamento do persoal político durante a transición. Neste sentido xa podería afirmarse que a burocracia española segue sendo, despois de decembro de 1975, un dos “centros de extracción” nos que se recruta o dito persoal. Veremos máis adiante como se desagregan estas cifras en función dos postos que analicemos, o cal nos permitirá facer importantes matizacións sobre este asunto. Pero antes paga a pena deterse nalgúns outros datos que aparecen neste cadro.

En primeiro lugar, o número de nomeamentos que recaeron en persoas que non recibiran ningún nomeamento para ocupar postos de designación política durante o réxime anterior é máis importante do que dunha análise superficial puidese deducirse. Neste sentido, hai que sinalar que máis da metade dos nomeamentos por decreto (55,7%) os reciben persoas

para as que o desempeño de postos políticos era unha novidade nas súas carreiras profesionais. Se ben é certo que a distribución de nomeamentos por postos, á que facemos referencia máis adiante, é un dato moi significativo para calibra-lo alcance da renovación da elite político-administrativa durante o período estudado, non pode desprezarse a importancia da dita renovación xa que, a pesar de non ter por qué ocupa-los postos de máxima responsabilidade política, todas estas persoas constituían formalmente o conxunto de actores sobre os que, con maior ou menor intensidade, recaía unha importante responsabilidade política. Dentro deste grupo, é interesante destacar que a proporción entre nomeamentos para funcionarios e para non funcionarios é case exactamente do 50%, o que nos conduce a pensar que no caso das persoas, o nomeamento das cales non podía estar "avalado" pola ocupación de postos no réxime anterior, a condición de funcionario era, senón un requisito indispensable, si polo menos un mérito a ter en conta.

En segundo lugar, respecto do conxunto de nomeamentos para persoas que recibiran o seu ou os seus nomeamentos durante o réxime de Franco ou que xa daquela ocuparan un posto de designación política cabe destacar, non só que o seu número ascenda ó 44,3% do total, senón que, comparando coa distribución entre nomeamentos para funcionarios e para non funcionarios do conxunto anterior, o número dos primeiros sexa considerablemente maior. En concreto, fronte ós 1046 nomeamentos por decreto para funcionarios que xa ocuparan postos políticos no réxime anterior, é dicir, o 62% do total deste grupo, só 646, é dicir o 38%, os recibiron persoas que non reunían a condición de funcionario. Polo tanto, podemos destacar que o grupo menos numeroso de nomeamentos por decreto é o que recae en persoas que non son funcionarios e que ocuparan postos no réxime anterior. Deste dato podería deducirse que, dentro do persoal político do réxime anterior que segue ocupando postos durante a transición ou que é recuperado a partir de decembro de 1975, a condición de funcionario pesa máis, sempre en termos xerais, cá de non funcionario. Non é menos certo, sen embargo, que o número de nomeamentos por decreto que recae en persoas que non eran burócratas non é desprezable posto que ascende a case un 17% do total. En calquera caso, se a este 17%, é dicir, ó conxunto de nomeamentos que recaen en persoas que ocuparan postos no réxime anterior e non eran funcionarios, lle sumámo-lo de funcionarios (27%), podemos deducir que, nos termos xerais nos que procedemos ata agora, a renovación da elite político-administrativa se axustou a un mo-

delo de transición caracterizado por un importante nivel de continuidade coa elite anterior, posto que unha verdadeira ruptura suporía unha “depuración” no conxunto dos nomeamentos políticos que, como as cifras poñen de manifesto, non se produciu.

b. Nomeamentos por decreto para altos cargos

Trala presentación das cifras anteriores, correspondentes ó universo de nomeamentos por decreto que se realizaron durante o período considerado, cómpre acouta-lo conxunto máis reducido de postos nos que se centra a investigación. Para iso, manterémo-la distribución dos nomeamentos en función das dúas variables que utilizamos para desagrega-las cifras globais, e limita-la análise a partir de agora ó conxunto de postos que constitúen os altos cargos ACCE, é dicir, ó conxunto de nomeamentos correspondentes a postos da Administración central civil do Estado, dende o de ministro ata o de director xeral. Non parece necesario insistir en que os altos cargos xogan un papel de primeira importancia no proceso de toma de decisións que ten lugar dentro do executivo, sexan ou non postos no Goberno, entendendo este na súa acepción máis restrinxida. Trátase, polo tanto, de postos, que ós seus titulares lles supoñen, pola súa posición no proceso de elaboración e execución de políticas públicas, unha responsabilidade de primeira orde nas decisións que se toman nas organizacións que dirixen, ben se trate de todo un ministerio ou dunha dirección xeral, ou nos procesos político-administrativos nos que participan, como é o caso dos subsecretarios nas sesións preparatorias do Consello de Ministros. O cadro que segue mostra a distribución de nomeamentos para os altos cargos dende o posto de presidente ata o de director xeral.

Cadro 3
Distribución de nomeamentos por decreto para altos cargos ACCE durante a transición en función da cualificación do ocupante e da ocupación de postos no réxime anterior

| | Outros | | Funcionarios | | Total | |
|--------------|------------|-------------|--------------|-------------|------------|------------|
| | Total | % | Total | % | Total | % |
| FR | 124 | 12,4 | 256 | 25,7 | 380 | 38,2 |
| TR | 298 | 29,9 | 318 | 31,9 | 616 | 61,8 |
| Total | 422 | 42,4 | 574 | 57,6 | 996 | 100 |

Fonte: elaboración propia a partir do banco de datos utilizado.

Se comparamos estas cifras coas que resultan da primeira análise (Cadro 2), pode observarse que a distribución de nomeamentos por decreto para altos cargos, mantén practicamente as mesmas proporcións cá que se produce para o conxunto dos cargos. É dicir, o feito de ser nomeado para un alto cargo non representaba, en termos globais, reunir condicións distintas, respecto das variables que estamos utilizando, das que se esixían no caso do conxunto do universo que tomamos como punto de partida. En principio, polo tanto, o 26% de nomeamentos por decreto que se producen para altos cargos dende o posto de presidente ata o de director xeral, poden considerarse, de acordo con esta primeira aproximación, representativos do conxunto de nomeamentos por decreto do período. Non obstante gustaríanos facer aquí un par de apreciacións.

Por unha parte, mentres que a relación entre o número de nomeamentos para funcionarios e para non funcionarios se mantén practicamente igual no caso daqueles nomeamentos que recaen sobre persoas que non ocuparan postos no réxime anterior, respecto do mesmo conxunto de nomeamentos para o total dos mesmos, a suma de ambos, é dicir, o conxunto de nomeamentos TR para altos cargos é 6 puntos máis alto que no caso do total de nomeamentos (61,8% fronte a 55,7%). Polo tanto, o número de nomeamentos que recae no grupo de persoas que non ocuparan postos políticos no réxime anterior é maior no caso dos nomeamentos para altos cargos que no dos nomeamentos en xeral.

Por outra parte, dentro do conxunto de nomeamentos para persoas que xa ocuparan postos no réxime anterior, o grupo dos que non eran funcionarios é lixeiramente menor que no caso dos nomeamentos en xeral, posto que dos 380 nomeamentos FR, o 67,4% recae en funcionarios e o 32,6% en non funcionarios (fronte ó 61,8% e o 38%, respectivamente, no conxunto dos nomeamentos por decreto).

De todos estes datos podemos deducir que o círculo de nomeamentos que significan "continuidade" na composición da elite político-administrativa é máis estreito canto máis nos aproximamos ó núcleo político desta. Dito con outras palabras, o feito de que a renovación sexa maior no caso dos altos cargos, significa, pola súa vez, que o conxunto de nomeamentos para aquelas persoas que continúan ou son recuperadas despois de 1975 dentro deste grupo é menor. Os datos que aparecen no seguinte cadro servirán para matizar estas afirmacións xerais.

Como claramente se pon de manifesto no Cadro 4, a presenza de funcionarios na maioría dos niveis dentro do con-

xunto de nomeamentos por decreto para altos cargos durante a transición é moi superior á media, que está evidentemente condicionada polo importante número de nomeamentos para o posto de director xeral que recaen en persoas que non son funcionarios de carreira. Dentro dos 574 nomeamentos para funcionarios encontramos a maioría dos membros do Goberno, dos secretarios de Estado, dos subsecretarios e asimilados (excepto os subsecretarios e secretarios xerais dunha organización concreta) e os secretarios xerais técnicos. Entrementes, na categoría "doutros" encóntranse a maioría dos nomeamentos para o cargo de director xeral e as subsecretarías e secretarías xerais dunha organización concreta. Polo tanto, se ben a condición de funcionario aparece no 57,6 por cento dos nomeamentos para altos cargos globalmente considerados, esta cifra "dispárase" ata o 70,6% no caso dos vicepresidentes, o 82,4% no caso dos nomeamentos para o posto de ministro, o 60% no dos ministros sen carteira, o 74,4% no dos subsecretarios, 62,8% no dos secretarios xerais técnicos, o 87,5 no dos secretarios xerais e o 66,7% no caso dos secretarios de Estado.

Todos estes datos revelan que a identidade parcial entre a burocracia da Administración central civil do Estado e o conxunto de nomeamentos para altos cargos durante a transición resulta ser un claro síntoma de continuidade respecto do período anterior. Ademais, se ben a dita identidade é só parcial nalgúns casos, concretamente no dos xefes do Gabinete do ministro, subsecretario e secretario xeral dunha organización concreta e directores xerais, non o é, dende logo, nos postos máis próximos ó núcleo político do Goberno. Poñendo de manifesto unha situación realmente paradoxal, a medida que se ascende na cúpula administrativa os niveis de funcionarización aumentan considerablemente. E dicimos paradoxalmente porque, a primeira vista, os niveis de burocratización deberían ser maiores canto menos político é o posto que se analiza, é dicir, canto máis "técnica" se supón a súa natureza. O feito de encontrar máis nomeamentos que recaen sobre persoas que son funcionarios no nivel de ministro ou subsecretario que, por exemplo, no de director xeral, lévanos a pensar que os corpos superiores de funcionarios mantiveron durante a transición as cotas de poder que alcanzaran no réxime de Franco mediante o desempeño de postos políticos o que, ademais, coincide co dato de que é naqueles postos nos que máis nomeamentos FR encontramos.

Cadro 4

Distribución de nomeamentos por decreto para altos cargos ACCE por postos durante a transición en función da cualificación do ocupante

| Postos | Outros | | Funcionarios | | Total |
|-----------------------|--------|------|--------------|------|-------|
| | Total | % | Total | % | Total |
| Presidente | 1 | 33,3 | 2 | 66,7 | 3 |
| Vicepresidente | 5 | 29,4 | 12 | 70,6 | 17 |
| Ministro | 16 | 17,6 | 75 | 82,4 | 91 |
| Ministro sen carteira | 4 | 40,0 | 6 | 60,0 | 10 |
| Secretario de Estado | 10 | 33,3 | 20 | 66,7 | 30 |
| Subsecretario | 22 | 25,6 | 64 | 74,4 | 86 |
| Secretario xeral | 1 | 12,5 | 7 | 87,5 | 8 |
| Subsecretario org. | 20 | 58,8 | 14 | 41,2 | 34 |
| Sec. Xral. org. | 6 | 85,7 | 1 | 14,3 | 8 |
| Xefe Gab. presidente | 0 | — | 4 | 100 | 4 |
| Xefe Gab. vicepresi. | 0 | — | 0 | — | 0 |
| Xefe Gab. ministro | 11 | 61,1 | 7 | 38,9 | 18 |
| Xefe outros gabinetes | 1 | 100 | 0 | — | 1 |
| Sec. Xral. Tco. | 32 | 37,2 | 54 | 62,8 | 86 |
| Director Xral. | 254 | 50,5 | 249 | 49,5 | 503 |
| Outros | 39 | 39,8 | 59 | 60,2 | 98 |
| Total | 422 | 42,4 | 574 | 57,6 | 996 |

Fonte: elaboración propia a partir do banco de datos utilizado para esta investigación.

2. Corpos de funcionarios e nomeamentos por decreto

Falar de identidade parcial entre burocracia e poder político en España significou, tradicionalmente, falar do poder dos corpos de funcionarios nos que a dita burocracia se organiza. Ata tal punto isto foi así que, para algúns autores, os corpos de funcionarios foron a principal referencia á hora de analiza-lo poder político da alta función pública española³⁴. Por esta razón nos pareceu que un estudio da presenza burocrática nos altos cargos do Executivo durante a transición, non podería estar completo se non analizarámo-la dimensión corporativa da burocratización do conxunto de postos ós que nos referimos no capítulo anterior.

Pero ademais, á razón anterior hai que engadirlle o feito de que a transición política non supón unha ruptura respecto da que fora función principal dos corpos dende o momento da súa aparición³⁵, a saber, a regulación de tódalas circunstancias relativas

³⁴ É o caso da obra de JULIAN ÁLVAREZ, *Burocracia y Poder Político en el Régimen Franquista*, que leva o subtítulo de *El papel de los Cuerpos de funcionarios entre 1938 y 1975*.

³⁵ Sobre a historia dos corpos de funcionarios en España, véxanse achegas parciais en DE LA OLIVA DE CASTRO, A., "La articulación en Cuerpos de la Función Pública" en *Documentación Administrativa*, n.º 96, 1965; DE LA OLIVA DE CASTRO, A., e A., GUTIÉRREZ REÑÓN, "Los Cuerpos de Funcionarios" en *Documentación Administrativa*, n.º 124, 1968 e GUTIÉRREZ REÑÓN, A., "La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas" en *Documentación Administrativa*, n.º 210-211, 1987. Nunha análise máis recente, VILLACORTA BAÑOS, desde unha perspectiva histórica e en relación co obxectivo principal do seu estudio que é, como el mesmo sinala, "el acercamiento a la historia social de una serie de grupos profesionales", ocúpase do tema da evolución dos corpos de funcionarios no período comprendido entre 1890 e 1923 dentro da súa obra, *Profesionales y Burocratas. Estado y poder corporativo en la España del siglo XIX, 1890-1923*, Siglo XXI, Madrid, 1989.

³⁶ Ha de recordarse que neste período aínda estaba en vigor o Decreto 315/1964, do 7 de febreiro, polo que se aprobou a Lei articulada de funcionarios civís do Estado, lei que veu formalizar unha serie de situacións, en canto ó poder de autorregulación dos corpos, que, de feito, se viñan producindo desde tempo atrás. A pesar das críticas que a Lei de 1964 suscitou, e das que dá conta entre outros, o propio Gutiérrez Reñón nos artigos que publica nos anos 60, a dita lei mantivo a estrutura dos corpos como unidade organizativa básica do sistema español de función pública, situación que cambia profundamente trala aprobación da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública. Para unha crítica desta última lei, véxase GUTIÉRREZ REÑÓN, A., "Función del Cuerpo en un sistema de carrera" en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 26, 1990 e, NIETO GARCÍA, A. e A., GUTIÉRREZ REÑÓN, "La Administración Pública" en VIDAL-BENEYTO, (ed.), *España a debate. La Política*, Tecnos, Madrid, 1991.

³⁷ GUTIÉRREZ REÑÓN, A., "Estructura de la burocracia española. Notas para su estudio" en *Revista Española de la Opinión Pública*, n.º 3, 1966.

³⁸ DE LA OLIVA DE CASTRO, A., e A., GUTIÉRREZ REÑÓN, *loc. cit.*, páx. 50 e segs, 1968.

³⁹ Sen conta-los casos de poliburócratas.

⁴⁰ Naqueles corpos dos que se dispón de información.

⁴¹ Concretamente se trata do corpo de médicos da Sanidade nacional que, a pesar de contar cun reducido número de efectivos non se encontra neste grupo. Ó contrario do que ocorre neste caso, o corpo de diplomáticos, a pesar de contar cun importante número de efectivos, si se inclúe neste grupo.

á condición funcional no sistema de función pública español. En virtude deste poder de regulación, os corpos de funcionarios encargábanse de establecer dende os requisitos de ingreso dos seus futuros membros, ata as situacións dos mesmos unha vez realizado o dito ingreso, pasando pola provisión dos postos de traballo, dentro dos distintos servicios administrativos, e a regulamentación das retribucións económicas³⁶. Non é de estrañar, polo tanto, que os corpos de funcionarios chegasen a converterse en *la piedra angular de la estructura burocrática española*³⁷, nin que fose lugar común falar do *poder dos corpos*, en vez de falar do *poder dos funcionarios*, dende o momento en que dos primeiros dependían practicamente tódalas medidas relativas á organización da función pública no noso país. Ademais, a influencia dos corpos de funcionarios, non só na Administración, senón tamén na política española durante os últimos cincuenta anos fai que se convertan en verdadeiros grupos sociais no sentido de integrar un conxunto de individuos asociados en torno a "(...) la búsqueda de la seguridad, la afirmación de la personalidad colectiva del cuerpo, la apropiación de la organización administrativa y la obtención de poder patrimonial y la tendencia al autogobierno corporativo"³⁸.

En termos xerais, cabe destaca-la minoritaria porcentaxe de corpos superiores que reciben case a metade dos nomeamentos por decreto para altos cargos durante todo o período. Só 18 destes corpos³⁹ teñen o "privilexio" de recibir 465 dos ditos nomeamentos, o que xa é un primeiro indicio da capacidade de influencia dun reducido número de corpos nos postos máis importantes do executivo. Sen dúbida poderíamos considerar que estes 18 corpos forman a elite da función pública española, máis aínda cando 13 deles xa estiveran presentes en postos de máxima responsabilidade nos distintos gobernos do réxime anterior. Sen embargo, dentro deste reducido núcleo encontramos unha clase de superelite constituída por aqueles corpos ou por algúns membros daqueles corpos ós que, por unha ou outra razón, se lles poden asignar maiores cotas de poder.

En primeiro lugar, está a porcentaxe do número total de efectivos que cada corpo é capaz de "situar" na cúpula da estrutura político-administrativa. Se consideramos que a media da dita porcentaxe⁴⁰ é do 5%, resulta que só 6 destes 15 corpos superan a dita media (Cadro 5). Salvo algunha excepción⁴¹ trátase daqueles corpos que menor número de efectivos teñen rexistrados no ano que tomamos como referencia. Técnicos de información e turismo, diplomáticos, técnicos comerciais do Estado, avogados do Estado, letrados do Consello de Estado e


economistas do Estado superan aquel 5% e no caso dos dous últimos incluso o duplican. Neste sentido podemos alcanzar un par de conclusións. En primeiro lugar, que o número de efectivos dun corpo non é indicativo da súa capacidade de influencia no conxunto de nomeamentos para altos cargos senón, máis ben ó contrario, canto máis pequeno é un corpo máis membros do mesmo alcanzan algún destes postos. En segundo lugar, do anterior dedúcese que mentres algúns corpos poden considerarse influentes como tales, noutros casos só unha minoría dos seus membros constitúen unha verdadeira elite dentro daqueles, se temos en conta o reducido número dos seus membros que logran alcanzar posicións de poder.

En segundo lugar, está o nivel político-administrativo que estes corpos alcanzan dentro do conxunto de nomeamentos para altos cargos. Neste sentido debemos sinalar que unha cousa é a capacidade de influencia dos corpos, influencia que pode deducirse do feito de que algúns dos seus membros alcancen algún posto dentro daquel conxunto de nomeamentos, e outra ben distinta a capacidade de alcanza-los niveis máis altos dentro desta estrutura de poder. Se nos fixamos nas porcentaxes que aparecen no Cadro 6 resulta que só 9 corpos superan a media da porcentaxe de nomeamentos para postos con nivel superior á Dirección Xeral ou asimilados, media que se sitúa no 39%. En concreto, estes corpos son os de diplomáticos, catedráticos de Universidade, avogados do Estado, economistas do Estado, enxeñeiros agrónomos, letrados do Consello de Estado, profesores adxuntos e agregados de universidade e inspectores técnico fiscais.

Se por último comparámo-los datos que aparecen en ámbolos cadros resulta que só 4 destes 9 corpos superan a media, tanto en canto á porcentaxe de efectivos que sitúan no conxunto de nomeamentos para altos cargos, canto ós niveis político-administrativos con categoría superior á de director xeral que alcanzan. Non debe estrañar que estes corpos sexan os tradicionalmente denominados "corpos de elite", cualificativo directamente relacionado coas cotas de poder que se lles poden adxudicar. Diplomáticos, avogados do Estado, economistas do Estado e letrados do Consello de Estado constitúen, de acordo cos resultados da nosa análise, a verdadeira superelite da función pública española durante a transición.

Nun segundo círculo poderíamos incluír aqueles corpos que superan a media nun dos dous casos. Neste grupo encontraríanse os técnicos de información e de turismo, os técnicos comerciais, os catedráticos de universidade, os enxeñeiros agró-

nomos, os profesores adxuntos e agregados de universidade e os inspectores técnico fiscais⁴².

Por último, encontraríamos un terceiro círculo formado por aqueles corpos que non superan a media en ningún dos dous casos, é dicir, a capacidade de influencia dos cales no conxunto de nomeamentos para altos cargos podería considerarse a máis baixa durante todo o período. Trátase dos corpos de inspectores de traballo, intervención e contabilidade, enxeñeiros de camiños, médicos da Sanidade nacional, técnicos de Administración civil, carreira xudicial e fiscal e inspectores de tributos⁴³. 

| Cadro 5 | | | | | | | | | | | | | | |
|--|------|-----|-----|-----|------|-----|-----|-----|-----|-----|-----|----|------|----|
| Porcentaxe de efectivos de cada corpo que reciben nomeamentos para altos cargos por corpos | | | | | | | | | | | | | | |
| PAD | PAGR | EAG | ITR | TAC | ECAM | CAT | MED | leC | leT | DIP | TC | AE | LCE | EE |
| 0,2 | 0,5 | 0,6 | 2,3 | 2,5 | 2,7 | 2,7 | 3,5 | 5 | 7,8 | 8,1 | 8,2 | 9 | 11,7 | 12 |

Fonte: elaboración propia a partir do banco de datos utilizado para esta investigación.

| Cadro 6 | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|---|-----|-----|-----|------|----|------|------|------|------|------|------|----|------|-----|------|------|------|
| Porcentaxe de nomeamentos para postos con nivel superior á dirección xeral ou asimilados por corpos | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| leT | leC | TAC | ITR | TC | IB | X | ECAM | MED | DIP | CAT | AE | EE | EAG | LCE | PAD | PAGR | ITF |
| 12,5 | 15 | 17 | 21 | 21,4 | 23 | 30,7 | 37,2 | 37,5 | 40,2 | 47,6 | 47,8 | 50 | 54,5 | 60 | 62,5 | 63,6 | 64,2 |

Fonte: elaboración propia a partir do banco de datos utilizado para esta investigación.

TAC= Técnicos de Administración Civil; LCE= Letrados do Consello de Estado; DIP= Diplomáticos; AE= Avogados do Estado; IB= Inspectores de tributos; X= Xuíces; ECAM= Enxeñeiros de camiños; CAT= Catedráticos; PAD= Profesores adxuntos; ITR= Inspectores de traballo; EAG= Enxeñeiros agrónomos; TC= Técnicos comerciais do Estado; leC= Intervención e contabilidade; ITF= Inspectores técnico fiscais; EE= Economistas do Estado; MED= Médicos Sanidade nacional; PAGR= Profesores agregados; leT= Técnico información e turismo.

⁴² Recordemos que neste caso non se dispón de información respecto do número de efectivos para o ano que consideramos.

⁴³ Recordemos que nestes dous últimos casos tampouco dispoñemos de información respecto do número de efectivos de ámbolos dous corpos.

- ABERBACH, J.D., R. PUTNAM, e B.A., ROCKMAN, *Bureaucrats and Politicians in Western Democracies*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1981.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J., *Burocracia y poder político en el Régimen Franquista*, INAP, Madrid, 1984.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M., "El poder económico de la burocracia en España" en *Información Comercial Española*, n.º 522, 1977.
- , "Los Ministros Burócratas" en *Información Comercial Española*, n.º 522, 1977.
- , *Curso de Ciencia de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1993.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M., e J.M., GARCÍA MADARIA, "Elite franquista y burocracia en las Cortes actuales" en *Sistema*, n.º 28, 1979.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M., e N., PIZARRO, "The Structure of the Spanish Political Elite" en Moore, G., (ed.), *Studies on the National Structure of Elite Groups*, Vol. 1, JAI Press, Greenwich, 1985.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M., L., GARRIDO, E N., PIZARRO, "La Elite Española y la presencia en ella de los burócratas" en *Documentación Administrativa*, n.º 200, 1984.
- BAÑÓN MARTÍNEZ, R., "Burocracia Burócratas y Poder Político" en *Información Comercial Española*, n.º 522, 1977.
- CAMPBELL, C. e C.J. SZABLOWSKI, *The Superbureaucrats: Structure and Behaviour in Central Agencies*, Gage Pub. Toronto/Ontario, 1980.
- DE LA OLIVA DE CASTRO, A., "La articulación en Cuerpos de la Función Pública" en *Documentación Administrativa*, n.º 96, 1965.
- DE LA OLIVA DE CASTRO, A., e A., GUTIÉRREZ REÑÓN, "Los Cuerpos de Funcionarios" en *Documentación Administrativa*, n.º 124, 1968.
- DERLIEN, H-U. e G.J., SZABLOWSKI, (eds.), *Regime Transitions, Elites, and Bureaucracies in Eastern Europe*", monográfico de *Governance*, Vol. 6, n.º 3, 1993.
- DOGAN, M., (ed.), *The Mandarins of Western Europe. The Political Role of Top Civil Servants*, Sage, Nova York, 1975.
- ETZIONI-HALEVY, E., *Bureaucracy and Democracy: a Political Dilemma*, Routledge & K.Paul, Londres/Boston, 1983.
- FARAZMAND, A., (ed.), *Handbook of Comparative and Development Administration*, Marcel Dekker, Nova York, 1991.
- FARAZMAND, A., (ed.), *Modern Systems of Government. Exploring the Role of Bureaucrats and Politicians*, Sage, Nova York, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Administración Española*, Alianza, Madrid, 1985.
- GUTIÉRREZ REÑÓN, A., "Estructura de la burocracia española. Notas para su estudio" en *Revista Española de la Opinión Pública*, n.º 3, 1966.
- , "La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas" en *Documentación Administrativa*, n.º 210-211, 1987.
- , "Función del Cuerpo en un sistema de carrera" en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 26, 1990.
- HEADY, F., *Public Administration. A Comparative Perspective*, Marcel Dekker, Nova York, 1991.
- HECLO, H., *A Government of Strangers. Executive Politics in Washington*, The Brookings Institution, Washington, 1977.
- HESS, J., "From transformation to modernization: Administrative Change in Central and Eastern Europe" en *Public Administration*, Vol. 71, 1993.

- HILL, L., *The State of Public Bureaucracy*, Sharpe Inc, Nova York, 1992.
- KAUFMAN, H., *The Administrative Behaviour of Federal Bureau Chiefs*, The Brookings Institution, Washington, 1981.
- LIJPHART, A., "The Southern European Examples of Democratization: Six Lessons for Latin America" en *Government and Opposition*, 1990.
- LINZ, J., E. A., VALENZUELA, *The Failure of Presidential Democracy*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1994.
- NIETO, A., "Afirmación, apogeo, decadencia y crisis de los Cuerpos de Funcionarios" en *Estudios sobre la burocracia española*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.
- , *La Burocracia I. El pensamiento burocrático*, IEA, Madrid, 1976.
- NIETO, A., E. A., GUTIÉRREZ RENÓN, "La Administración Pública" en Vidal-Beneyto, (ed.), *España a Debate. La Política*, Tecnos, Madrid, 1991.
- PANEBIANCO, A., "Las Burocracias Públicas" en Pasquino *et al.*, *Manual de Ciencia Política*, Alianza Universidad, Madrid, 1992.
- PASQUINO, *et al.*, *Manual de Ciencia Política*, Alianza Universidad, Madrid, 1992.
- PETERS, B.G., "The Problem of Bureaucratic Government" en *Journal of Politics*, vol. 43, n.º 1, 1981.
- , *The Politics of Bureaucracy*, Longman, Nova York, 1989.
- PIERRE, J., (ed.), *Bureaucracy and the Modern State. An Introduction to Comparative Public Administration*, Edward Elgar, Aldershot, 1995.
- PUTNAM, R., "The Political Attitudes of Senior Civil Servants in Britain, Germany and Italy" en *British Journal of Political Science*, vol. 3, 1973.
- REIS, E.P., "Burócratas y Políticos en la política brasileña actual" en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n.º 123, 1990.
- REIS, E.P., e H.K., ASMERON, *Democratization and Bureaucratic Neutrality*, Macmillan, Londres, 1996.
- REIS, E.P., e Z.B., CHEIBUB, "Bureaucratic Elite, Political Culture and Democratization in Brazil" en Reis, E.P., e H.K., Asmeron, *Democratization and Bureaucratic Neutrality*, Macmillan, Londres, 1996.
- RIGGS, F., "Bureaucratic Links Between Administration and Politics" en FARAZMAND, A., (ed.), *Handbook of Comparative and Development Administration*, Marcel Dekker, Nova York, 1991.
- , "Coups and Crashes: Lessons for Public Administration" en Farazmand, A., (ed.), *Modern Systems of Government. Exploring the Role of Bureaucrats and Politicians*, Sage, Nova York, 1997.
- ROMÁN, L., *Funcionarios y Función Pública en la transición española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- , "Política y Administración. Algunas notas sobre el origen y la evolución del debate teórico" en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 98, 1997.
- SHIN, D.C., "On The Third Wave of Democratization: A Synthesis and Evaluation of Recent Theory and Research" en *World Politics*, n.º 47, 1994.
- SULEIMAN, E., *Politics, Power and the Bureaucracy in France. The Administrative Elite*, Princenton University Press, Princenton, 1974.
- VIDAL-BENEYTO, (ed.), *España a Debate. La Política*, Tecnos, Madrid, 1991.
- VILLACORTA BAÑOS, F., *Profesionales y Burócratas. Estado y poder corporativo en la España del siglo XIX, 1890-1923, Siglo XXI*, Madrid, 1989.



XURISPRUDENCIA

Tutela judicial, acceso a la jurisdicción e inconstitucionalidad de la limitación del artículo 126.2 de la Ley de expropiación forzosa.

(A propósito de la STS de 11 de junio de 1997)

Profesor Titular de Derecho
Administrativo.
Universidad de Santiago
de Compostela

Eduardo Míguez Ben

I.

Introducción

Motiva este comentario la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1.997 -Arzdi. 4644-, por la que el Alto Tribunal, en apelación, confirma una sentencia de instancia que había rechazado la causa de inadmisibilidad opuesta por el Abogado del Estado, en cuanto a que la pretensión del demandante -impugnación del acuerdo de un Jurado Provincial de Expropiación-, resultaba inferior -menos de una sexta parte- a la que establece el artículo 126.2 de la Ley de expropiación forzosa y 140.2 a) de su Reglamento, para la admisión del Recurso Contencioso-administrativo.

El Tribunal Supremo, apartándose abiertamente de una doctrina jurisprudencial existente sobre la vigencia de la limitación prevista en el artículo 126.2 de la Ley de expropiación forzosa

(y así lo reconoce expresamente, si bien señalando que muchos de los pronunciamientos lo han sido en un contexto de argumentos "obiter dicta", o en procesos iniciados antes de la entrada en vigor de la Constitución), afronta su vigencia a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva y, en especial, cuando estas limitaciones afectan al acceso a la jurisdicción; y llega a la conclusión, a nuestro juicio muy convincente por razonada, de la inconstitucionalidad de la limitación prevista en el mentado artículo de la Ley de expropiación forzosa.

Esta limitación que, según el legislador de 1954, obedecía a que "En el orden de los principios se ha estimado evidente que, en general, si bien no es deseable supeditar la protección procesal a la entidad económica del daño, es, desde el punto de vista de la economía procesal, negativo un sistema que obligue a poner en marcha todo el aparato procesal, incluso faltando toda base de interés o siendo éste insignificante. Se trata, empero, de una cuestión de apreciación en la que no pueden adoptarse criterios dogmáticos" (Exposición de motivos de la vigente Ley de expropiación forzosa), sin embargo, en la mayoría de la doctrina, ya vigente la Constitución, no había suscitado mayor polémica. Así, y por todos, García de Enterría-Fernández Rodríguez señalan "esa cuantificación -lesión inferior o superior a la sexta parte-, tomada de la tradición civil de las acciones rescisorias por lesión (hoy, muy limitadamente, art. 1291 CC), significa una limitación legal del interés para recurrir, en virtud del apotegma «de minis non curat praetor...»"¹. Para algunos, en cambio, sí podía resultar inconstitucional; así, para R. Parada Vázquez, cuando señala "este requisito es de dudosa constitucionalidad en cuanto restringe el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la Constitución"²; también para J. Bermejo Vera "Es, asimismo, cuestionable la injustificadísima restricción de las impugnaciones de sus decisiones al supuesto de lesión de un sexto..."³.

Recientemente se ha abordado el tema, F. García Gómez de Mercado, quien entiende procedente el requisito de la lesión de un sexto, pero señalando "aunque debe ser interpretado adecuadamente"; y dicha adecuación la interpreta así, después de señalar que cierta doctrina jurisprudencial lo considera "un requisito de admisibilidad y no de estimación", y que "la Constitución no deroga los presupuestos procesales, solo exige que sean razonables" (y cita doctrina del Tribunal Constitucional al respecto), y que "La consideración de la exigencia de la lesión superior a una sexta parte como presupuesto procesal y su justificación basada en la escasa relevancia de la lesión inferior

¹ En *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid 1993, ed. Cívitas, 4ª ed., pág. 296; F. GARRIDO FALLA, simplemente la describe, en *Tratado de Derecho Administrativo Vol II*, Madrid 1992, ed. Tecnos, 10ª ed., pág. 222; igualmente L. MORELL OCAÑA en *Curso de Derecho Administrativo II*, Pamplona 1.977, ed. Aranzadi, 2ª ed., págs. 644-645.

² En *Derecho Administrativo I*, Madrid 1997, M. Pons, 9ª ed., pág. 668.

³ *Las técnicas de reducción del contenido del derecho de propiedad y las especialidades expropiatorias sectoriales: supuestos que aconsejan la revisión de la normativa vigente*, en *Documentación Administrativa*, Número 222, abril-junio 1990, MAP, Madrid, pág. 187; también en *Derecho Administrativo. Parte especial*, Madrid, 1994, ed. Cívitas, pág. 91; también yo me preguntaba en un trabajo anterior, "otro tema sería si hoy es ajustado a la Constitución el límite cuantitativo que establece el art. 126.2 de la Ley de expropiación forzosa para acceder a la revisión jurisdiccional", en *Un paso adelante en el control de la inactividad administrativa: la no resolución en plazo de los Jurados Provinciales de Expropiación y sus consecuencias...*, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, número 267, julio-septiembre 1995, MAP, Madrid, pág. 757 (nota).

viene desarrollada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1981" (y extracta la doctrina central de la misma), añade que "la justicia del precio siempre es algo relativo. El justiprecio es un concepto jurídico indeterminado, que admite un cierto margen de apreciación, aunque en teoría existe una sola decisión justa. No se trataría, por ello, tanto de imponer ese requisito por entender que, en caso de lesión inferior, no merezca la pena poner en marcha la maquinaria del proceso judicial, sino sobre todo, de que, dado el lógico margen de apreciación en la valoración de bienes, respecto a la cual dos peritos seguramente llegarían siempre a precios distintos, se admite un margen de apreciación en +- 16,6 por 100 (una sexta parte). La relación del requisito de la lesión en una sexta parte con el margen de apreciación en la determinación del justo precio permite considerar que este requisito de la lesión en más de una sexta parte no debería ser un presupuesto del proceso, cuya falta impida entrar en el fondo del asunto, sino de la estimación de la acción por su naturaleza afín a la rescisión por lesión...", concluye que "de considerar la exigencia de lesión en más de la sexta parte como presupuesto de la acción y no presupuesto procesal, tal vez debiera revisarse el punto de comparación y atender al precio justo, el que, finalmente, considerase el Tribunal como justo, no pudiendo estimarse la demanda si la lesión, esto es, la diferencia con el precio fijado por el Jurado, no es superior a una sexta parte. Esta consideración, que deriva de la naturaleza rescisoria de la acción de impugnación del acuerdo del Jurado por lesión, permite, además, justificar sólidamente la exigencia, que no sería ya un mero presupuesto procesal destinado a impedir pleitos de escaso interés económico"⁴.

II.

La sentencia

La sentencia apelada, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, había estimado un recurso contencioso-administrativo interpuesto por una expropiada contra resolución del Jurado Provincial de Expropiación de A Coruña sobre justiprecio de una finca expropiada con motivo de las obras de ampliación del aeropuerto de Alvedro. El Tribunal de instancia había declarado nulo el acuerdo del Jurado, elevando la suma que había fijado el Jurado (7.758.130 ptas., incluido el premio de afección), en un 12%, aproximadamente (8.694.630 ptas.).

⁴ En, *Problemas procesales de la impugnación de los acuerdos de los Jurados de Expropiación*, Madrid 1997, ed. Cívitas, págs. 137 y siguientes; la concepción que expone sobre el concepto jurídico indeterminado justo precio no me parece muy afortunada.

El Abogado del Estado había alegado en la instancia y en primer lugar “la causa específica de inadmisibilidad resultante del art. 126.2 de la Ley de expropiación forzosa de... ya que, evidentemente el recurso se fundamenta en lesión, pues no se alega vicio sustancial de forma ni violación u omisión de normas legales, y la cantidad fijada como justiprecio por el Jurado (7.388.695) no es inferior en más de una sexta parte a la fijada en tal concepto por el recurrente en su hoja de aprecio (8.280.600)” (Del fundamento de Derecho I de su contestación a la demanda).

La sentencia recurrida, ante esta alegación de inadmisibilidad del representante de la Administración, la rechaza, según se dice ahora en la sentencia del Tribunal Supremo, de la siguiente manera:

“sin duda consciente de las dificultades que puede suscitar la aplicación del límite cuantitativo para acudir a los Tribunales que establece el artículo 126 de la Ley de expropiación forzosa, se acoge a una interpretación favorable al estimar que dicho precepto puede ser interpretado en el sentido de que entre la cantidad inicialmente pedida y la fijada por el Jurado se produce la diferencia de una sexta parte”⁵.

Sin embargo, esta interpretación del Tribunal de instancia no puede ser admitida, a juicio del Tribunal Supremo, porque

“dicha interpretación entendemos que ni siquiera en una actitud hermenéutica favorable al ejercicio del derecho de acción puede ser admitida, puesto que se funda en determinar el alcance de la lesión presuntamente sufrida no ya en relación con el valor del vuelo expropiado –que fue el único concepto valorado por el jurado y discutido en el proceso–, sino computando como cantidad reclamada la que el expropiado solicitó por todos los conceptos en la hoja de aprecio formulada, entre los cuales figuraba el valor del terreno, que fue fijado y abonado con la aquiescencia del propietario y sin ser impugnado en la vía administrativa o jurisdiccional.

El artículo 126.2 de la Ley de expropiación forzosa dispone, en efecto, que «asimismo ambas partes podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos que sobre el justo precio se adopten. En este caso el recurso deberá fundarse en lesión cuando la cantidad fijada como justo precio sea inferior o superior en más de una sexta parte al que en tal concepto se haya alegado por el recurrente o en trámite oportuno». Este precepto se refiere de modo inequívoco a la cantidad fijada como justo precio e impugnada, en relación con la reclamada en el momento oportuno. De ello ha de inferirse que para computar el alcance económico de la lesión sufrida ha de deducirse de la cantidad solicitada por el expropiado y reclamada en la demanda y la fijada por el jurado (que son, en este

⁵ La Sentencia apelada (n.º 173/1992) de 27 de febrero, textualmente dice “Contra la inadmisibilidad del recurso que alega el Abogado del Estado procede su aceptación ante esta sala, puesto que la norma invocada, el art. 126.2 de la Ley de expropiación forzosa –LEF– de 16 de diciembre de 1954 puede ser interpretada en el sentido contraducido en el escrito de conclusiones por el recurrente, puesto que entre la cantidad pedida inicialmente por la expropiada y lo posteriormente fijado como justiprecio se produce la diferencia de una sexta parte marcada por la ley; todo ello sin entrar en la pertinencia de acudir a la tutela judicial efectiva constitucional” (F.D. primero).

⁶ En esta sentencia, y sin perjuicio de lo que después dice el propio fallo al invocarla, el tema de la lesión en un sexto simplemente sirvió para constatar que existía el presupuesto fáctico para la admisión del recurso –frente a la desestimación de instancia–, al señalar: “Que respecto de la lesión superior al sexto, exigida como presupuesto procesal en el art. 126.2 de la Ley de expropiación, con independencia de que, a partir de la Constitución de 1978 y específicamente de sus arts. 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) y 106.1 (control jurisdiccional plenario de la actividad administrativa), dicha exigencia ha de ser interpretada de la forma más flexible que permita, en caso de duda, el planteamiento del recurso y la fiscalización de las valoraciones administrativas, es lo cierto que, de manera divergente a lo que entiende la sentencia apelada, aquí se cumple dicho presupuesto procesal, pues en el recurso de reposición formulado frente al inicial acuerdo del Jurado la expropiada, que antes no había presentado su hoja de aprecio, estableció ya de modo concreto una tasación de las fincas afectadas, ascendente a la cantidad de 21.646.250 pesetas, cifra ésta que puesta en relación con el justiprecio del Jurado, en su acuerdo de 12 de mayo de 1977, por importe de 505.690 ptas., autoriza a concluir que se observaba en este caso el requisito cuantitativo para impugnar por lesión dicho justiprecio” (Arzdi. 3898); en consecuencia no hay pronunciamiento de fondo sobre el tema de la constitucionalidad del precepto.

⁷ En esta sentencia, y también sin perjuicio de lo que el propio fallo dice sobre ella, debe señalarse

Continúa en la página 196

caso, las dos cantidades que como minuendo y sustraendo aduce el abogado del Estado), y que no puede hacerse el cálculo tomando sumas heterogéneas para hacer la sustracción aritmética, como sería la reclamada inicialmente por el suelo y el vuelo conjuntamente –por una parte– frente a la suma de la cantidad abonada por el suelo más la justipreciada por el vuelo –por otra–, ya que sólo el valor del vuelo es discutido y, en consecuencia, sólo a este concepto puede referirse la lesión existente”.

Es decir, para la Sala de instancia, según el TS, la diferencia estaba entre lo pedido inicialmente y lo fijado definitivamente por el Jurado, pero en este caso había ocurrido que expropiada y expropiante habían llegado a un acuerdo sobre determinadas partidas, en concreto sobre el valor del suelo, por tanto lo que el Jurado había valorado eran otras partidas sobre las que no había habido acuerdo, y a estas últimas era a las que en su caso había que referir la lesión de un sexto respecto a la petición inicial, y solo a estas.

La parte recurrida había alegado frente a la postura del representante de la Administración,

“que la limitación para solicitar de los tribunales la revisión del justiprecio fijado que establece el artículo 126 de la Ley de expropiación forzosa, condicionando el ejercicio de la acción a que exista lesión de más de una sexta parte, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución, así como la cláusula de universalidad de fiscalización por los tribunales de la actuación administrativa que se establece en el artículo 106 y la garantía de plena indemnidad del propietario expropiado que consagra el artículo 33”.

Y frente a dicha alegación es como el Tribunal Supremo va a construir toda su tesis.

Después de señalar que:

“Esta sala ha declarado que «aparte cuando antecede, el artículo 126 de la Ley de expropiación forzosa y el artículo 140.2 de su Reglamento expresan que la impugnación de los acuerdos sobre el justiprecio debe fundarse sobre la lesión cuando la cantidad fijada como justo precio sea inferior o superior en más de una sexta parte al que en tal concepto se haya alegado por el recurrente o en el trámite oportuno [...] debiendo destacarse que, como afirma el señor Letrado del Estado, la Jurisprudencia reconoce que, aún después de la Constitución, es de aplicación dicho precepto –Sentencias de 4 de julio 1984⁶, que citaba la de 1 de julio 1981, Sentencia de 8 febrero 1980–», (Sentencia de 24 octubre 1990⁷)”; sin embargo ahora el Alto Tribunal precisa para enjuiciar este caso:

“Esta declaración no es obstáculo para apreciar que, independientemente de las sentencias que, con carácter incidental, se limitan a dar por supuesta la aplicabilidad del precepto dis-

cutido –Sentencia de 5 mayo 1993– la doctrina expuesta ha sido formulada, por lo general, en un contexto de argumentos «obiter dicta» por gozar la pretensión de fundamento suficiente para poder ser desestimada sin necesidad de aplicación de los preceptos que se han citado: así lo acusa la frase «aparte cuanto antecede» en la Sentencia antes citada de 24 octubre 1990 o bien en sentencias en las que se ha considerado que se cumplía el requisito de cuantía y era procedente entrar a examinar el fondo del recurso –Sentencia de 4 julio 1984–. Las resoluciones que directa y exclusivamente fundan en el expresado precepto la desestimación del recurso contencioso-administrativo se han dictado en procesos iniciados antes de la entrada en vigor de la Constitución –Sentencias de 1 julio 1981 y 8 febrero 1980–.

De distinta manera, en el caso que hoy enjuiciamos la constitucionalidad de los preceptos legales discutidos es completamente decisiva de la suerte del recurso, dado que éste, iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, ha sido estimado en la primera instancia y que no cabe, como se ha visto, una interpretación favorable a la admisibilidad del recurso, por lo que procede entrar en el análisis de las argumentaciones de la parte apelada”.

Centrándose, pues, y ya concretamente en la constitucionalidad o no de la limitación establecida por el artículo 126.2 de la LEF para acceder al recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Supremo invoca, en primer lugar, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los obstáculos al acceso a la jurisdicción, y señala:

“... El Tribunal Constitucional viene interpretando que los obstáculos al acceso a la jurisdicción han de estar justificados en la protección de otros bienes, derechos o intereses constitucionales dignos de ser protegidos y resultar proporcionados. Así, la Sentencia de 14 septiembre 1992, declara que «el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución puede verse conculcado por aquellas normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador, y asimismo por la imposición de condiciones o consecuencias meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de las acciones o de los recursos legalmente establecidos (SSTC 206/1987, 60/1989 y 147/1989)».

El rigor con el que deben medirse las limitaciones impuestas al derecho de acceso a la jurisdicción es superior al que debe observarse en relación con el derecho a los recursos. Como dice la Sentencia de 15 octubre 1996, número 160/1996, del propio Tribunal Constitucional, «como viene señalando este tribunal, el acceso a los recursos tiene una distinta relevancia constitucio-

larse que, en lo que aquí interesa, es un fundamento de la sentencia de instancia que el Tribunal Supremo hace suyo sin haber sido cuestionado ante el Alto Tribunal, y en lo que hace al art. 126 señala: “Aparte de cuanto antecede, el art. 126 de la Ley de expropiación forzosa y el art. 140.2 de su Reglamento, expresan que la impugnación de los acuerdos sobre el justiprecio debe fundarse sobre la lesión cuando la cantidad fijada como justo precio sea inferior o superior en más de una sexta parte al que en tal concepto se haya alegado por el recurrente o en el trámite oportuno; y de las comparaciones necesarias entre las valoraciones municipales y las establecidas por el Jurado de Expropiación se infiere que en ninguna de las fincas expropiadas éstas han rebasado en dicho límite a aquéllas, debiendo destacarse que, como afirma el Sr. Letrado del Estado, la Jurisprudencia reconoce que, aún después de la Constitución, es de aplicación dicho precepto” (Arzdi. 7552).

nal que el acceso a la Jurisdicción. Mientras que el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada goza de una protección jurisdiccional en el artículo 24.1, el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio, un derecho de configuración legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales».

Antes de proseguir, quizá convenga señalar ya que la doctrina del Tribunal Constitucional acerca del acceso a la jurisdicción y de la constitucionalidad de las normas que imponen requisitos para el acceso al control jurisdiccional, se encuentra en el momento de hacer este comentario pendiente de un pronunciamiento específico sobre el tema; me refiero a la auto-cuestión de inconstitucionalidad planteada por el propio tribunal en su Sentencia n.º 103/1996, de 11 de junio (BOE de 12 de julio de 1996), dictada en un recurso de amparo y en la que se eleva al Pleno la cuestión de la inconstitucionalidad del art. 21.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, por el que se excluye el recurso judicial contra determinados actos de la Junta Electoral Central.

Continúa su razonamiento el Tribunal Supremo así:

“En el caso examinado la limitación que establece el artículo 126.2 de la Ley de expropiación forzosa para reclamar ante los tribunales contra la fijación del justiprecio efectuada en vía administrativa carece de los requisitos necesarios para que pueda estimarse adecuada a la Constitución. Carece, en primer término de justificación, puesto que el único valor a que podría atender es el de evitar que los tribunales se empeñen en resolver conflictos de cuantía escasa o insignificante. Sin embargo, mientras al regular los recursos la libertad, de configuración que pertenece al legislador le permite establecer limitaciones por razón de la cuantía con esa finalidad, no parece compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que se imponga una limitación de esta naturaleza cuando del acceso a la jurisdicción se trata.

Ello es así porque el interés subjetivo del particular que recurre a los tribunales no necesariamente es coincidente con un determinado importe económico. Por otra parte, asuntos de escasa cuantía dineraria, si se mide en función de la diferencia entre el precio reclamado y el justiprecio concedido, pueden dar lugar en último término, y a veces al margen del proceso, a consecuencias crematísticas de mayor porte, pues la obligación de abonar el justiprecio está acompañada según la Ley de la obligación de hacer efectivos los intereses de demora, los cuales en caso de un retraso significativo en la fijación o en la entrega de aquél pueden ascender a cantidades notablemente

superiores. En los recursos mediante los que se impugna la fijación del justiprecio, además, la jurisprudencia viene admitiendo que puedan invocarse causas de nulidad de pleno derecho del expediente, cuya apreciación comporta unas consecuencias de mayor transcendencia que las ligadas al importe económico de la lesión sufrida.

La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional no considera el criterio de «*mínimis*» como razonable para impedir la protección de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el de tutela judicial efectiva que se satisface acudiendo a los Tribunales para defender derechos e intereses legítimos. Dice la Sentencia de 17 de diciembre de 1986, número 163/1986 que «tampoco obsta para que el tribunal entre en el fondo del presente la escasa cuantía de la pena, la indemnización y las costas, pues, aparte de que la valoración del contenido condenatorio de la sentencia de apelación puede legítimamente variar en función de datos objetivos y de perspectivas subjetivas en las que este tribunal nunca podría entrar, y que a lo sumo pueden explicar la no comparecencia aquí del interesado, lo cierto, es que acerca de los derechos fundamentales no podríamos repetir la máxima de que de *mínimis non curat praetor*, porque con apoyo en su condición de elementos objetivos del ordenamiento, dotados de importancia y protección máxima, ya ha dicho este tribunal que nada de lo que concierna a los derechos fundamentales podrá considerarse nunca ajeno a su competencia ni a su atención –Sentencia 26/1981, fundamento jurídico 14 y Sentencia 7/1983, fundamento jurídico 1º.–» Con mayor razón la escasa cuantía de la pretensión no puede justificar que se niegue el acceso a la jurisdicción, que es la forma en que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva, pues negando aquél se deniega de modo absoluto este derecho fundamental.⁸

Finalmente, la desproporción entre el límite impuesto y sus consecuencias resulta patente en el caso de justiprecios muy elevados, respecto de los cuales la lesión de la sexta parte puede ascender a una suma muy importante aisladamente considerada. Aún admitiendo, pues, a efectos dialécticos, que la limitación pudiera imponerse al margen de los intereses subjetivos que puedan existir sin relación con el interés económico del pleito y aceptando que esto pudiera hacerse sin tomar en consideración la existencia de consecuencias económicas y jurídicas ajenas al objeto de la reclamación pecuniaria, la regla que establece la ley de modo abstracto e incondicional puede suponer sacrificios poco equitativos para los recurrentes que, en casos de justiprecios de elevada cuantía, vean impedido el acceso a la jurisdicción para reclamar sumas de alto importe que no alcancen la proporción exigida en relación con el total justiprecio reconocido por el jurado de expropiación. Esta restricción resultaría desproporcionada en relación con aquellos casos en los que, siendo la cuantía del justiprecio reclamado muy

⁸ Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, más recientemente, el tema de la cuantía económica de la lesión no resulta indiferente. Así, por Auto de 19 de septiembre de 1994, ha inadmitido el Recurso de Amparo n.º 2403/1993, pues “resulta en todo caso manifiesto que las 7710 pesetas a que asciende la reclamación de la ahora demandante en amparo y la lesión, por tanto infligida carece del contenido mínimo exigido por el artículo 50.1 c) LOTC para que la demanda sea admitida a trámite...”; claro que antes había señalado a propósito de la “manifiesta carencia de contenido que justifique una resolución sobre el fondo” que “la demandante ha obtenido una respuesta sobre el fondo ante los Tribunales ordinarios”. Sobre el cambio que significa este Auto en la jurisprudencia del TC, *vid.*, J.L. REQUEJO PAGES, “Hacia la objetivación del amparo constitucional (Comentario al Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 1994)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 42, de 1994, págs. 153 y siguientes.

inferior, pero mayor la desproporción con el reconocido por el jurado, pueda reclamarse judicialmente a pesar de discutirse por cantidades menores.

La lesión del artículo 24 de la Constitución que la aplicación del artículo 126.2 de la Ley de expropiación forzosa significaría está en estrecha relación con el deber de respeto al poder de fiscalización de la actividad administrativa que el artículo 106 atribuye a los tribunales, pues éste no puede resultar mermado por el legislador, en la universalidad con que la Constitución lo proclama, por motivos no justificados o desproporcionados. Y, finalmente, cabe también ponderar la posible violación de estos preceptos en la perspectiva del mandato de indemnizar al propietario expropiado que impone el artículo 33 de la Constitución, puesto que dicha obligación de las administraciones públicas no puede tener efectividad sin la fiscalización de los tribunales no sujeta a trabas injustificadas”.

La cita es larga pero creo que necesaria. El Alto Tribunal –en ésta, para mi, extraordinaria sentencia– en este fundamento y desde una óptica constitucional desgrana todos los fundamentos para llegar a la conclusión de inconstitucionalidad de la pervivencia en nuestro ordenamiento jurídico de un impedimento al acceso a la tutela judicial como el que representa el artículo 126.2 de la Ley de expropiación forzosa. Así, y en primer lugar, el rechazo a la cuantía económica de la pretensión como determinante del acceso a la tutela judicial, consagrado como derecho fundamental en el art. 24 de la Constitución, y distinguiéndola claramente de la libertad que puede corresponder al legislador ordinario en cuanto a la configuración de los recursos, “no parece compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que se imponga una limitación de esta naturaleza –económica– cuando del acceso a la jurisdicción se trata”. En segundo lugar, y sin duda no es argumento central de la conclusión pero sí resultado cierto en la práctica –desgraciadamente–, que asuntos de escasa cuantía económica (aquí yo me preguntaría ¿escasa para quién?, ¿cuál es el parámetro para su medición?) en materia de indemnización expropiatoria resultan muy superiores en el balance final; por desgracia no es excepcional el que concluida la ejecución total de una sentencia condenatoria para la Administración expropiante/beneficiario, el expropiado o sus causahabientes –desdichadamente condición esta última no infrecuente en el sujeto que percibe la cantidad final, dado el penoso desarrollo del procedimiento de ejecución total de la sentencia– hayan percibido una cantidad por intereses de demora muy próxima, cuando no superior⁹, a la correspondiente por el importe principal del bien expropiado; la abusiva utilización de la urgente

⁹ En el caso concreto de la sentencia analizada seguro que así habrá ocurrido. En efecto, la expropiación de que trae causa la sentencia se inicia por el Real Decreto 2021/81, de 13 de julio (BOE 217, de 10 de septiembre), por el que se declara la utilidad pública y la urgente ocupación a efectos de la expropiación forzosa de los terrenos necesarios para la ampliación del campo de vuelo del aeropuerto de La Coruña, por lo que, como muy tarde, el 11 de marzo de 1982 –si antes no se produjo la ocupación– es el *dies a quo* para el cómputo de los intereses de demora, por ello al día de la Sentencia del TS con creces se habrá superado, por intereses, el 100% del principal.

ocupación y la tardanza en resolver judicialmente el proceso así lo vienen propiciando. En tercer lugar, que la "lesión del artículo 24 de la Constitución que la aplicación del artículo 126.2 de la LEF significaría, está en estrecha relación con el deber de respeto al poder de fiscalización que el art. 106 atribuye a los tribunales y no puede ser mermado por el legislador por motivos no justificados o desproporcionados". Y en cuarto y último lugar, "también cabe ponderar la violación del mandato de indemnizar del art. 33 de la Constitución, puesto que dicha obligación no tendría efectividad sin la fiscalización de los tribunales".

Por lo razonado anteriormente, el Alto Tribunal llega necesariamente a que, reconociendo que se aparta de la doctrina existente hasta este momento, el artículo 126.2 de la LEF ha devenido inconstitucional tras la entrada en vigor de la Constitución y en consecuencia ha quedado derogado, señalando al respecto:

"La conclusión a que hemos llegado en los fundamentos jurídicos anteriores acerca de la inconstitucionalidad de la limitación impuesta para el acceso a la jurisdicción por el artículo 126.2 de la Ley de expropiación forzosa nos lleva a la consecuencia jurídica de que ha sido dejado sin efecto por la fuerza de una disposición derogatoria de la Constitución, por tratarse de una Ley anterior a la entrada en vigor de ésta y, en consecuencia, tenemos la facultad de no aplicar aquel precepto incurso en inconstitucionalidad sobrevvenida sin necesidad de plantear cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Con ello, partiendo de las notables diferencias entre los supuestos hasta ahora resueltos y el caso que nos corresponde hoy decidir, nos separamos conscientemente de la jurisprudencia sentada en las sentencias que anteriormente han sido citadas con el fin de establecer una solución general que, lejos de todo particularismo selectivo, permita a los tribunales, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, tener acceso sin trabas injustificadas a la fiscalización jurisdiccional de los actos administrativos de fijación del justiprecio, reconociendo así plena efectividad en este punto al derecho a la tutela judicial que proclama el artículo 24 de la Constitución".

Consecuente con lo anterior es el fallo del TS: desestimando el recurso de apelación interpuesto por el abogado del Estado y confirmando la sentencia de instancia.

Otros supuestos legales inconstitucionales

Sin duda, la sentencia objeto de este comentario, tiene que llevar a la reflexión sobre la inconstitucionalidad de otras normas que impiden también el acceso a la jurisdicción, en supuestos en los que la lesión económica no alcanza igualmente un determinado porcentaje. Estoy pensando, en este momento, en lo establecido en el artículo 218 del Decreto de 12 de enero de 1973, por el que se aprueba el texto de la Ley de reforma y desarrollo agrario, y que establece "Agotada la vía administrativa podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, que sólo será admisible por vicio sustancial en el procedimiento y por lesión en el valor de las fincas, siempre que la diferencia en el valor de las parcelas aportadas por el recurrente y las recibidas después de la concentración suponga, cuando menos, perjuicio de la sexta parte del valor de las primeras"¹⁰.

En este punto¹¹ quizá haya que resaltar que al Tribunal Supremo tampoco se le había planteado hasta muy recientemente una ocasión tan clara para hacer una declaración tan tajante, o había encontrado fórmulas indirectas para, sin necesidad de pronunciamientos tan rotundos como el aquí comentado, llegar al enjuiciamiento del fondo de la cuestión, reinterpretabo el artículo 218.1 del texto refundido de la Ley de reforma y desarrollo agrario.

En efecto, la doctrina jurisprudencial existente al respecto hasta hace muy poco, y quizá nunca como *ratio decidendi*, había señalado:

"Se alega en primer término la derogación, por la cláusula derogatoria de la Constitución, del límite de lesión del sexto establecido por el artículo 218 del texto refundido de la Ley de reforma y desarrollo agrario de 12 de enero de 1973, invocando su incompatibilidad con el principio de accesibilidad a la Justicia establecido en el artículo 24 de la Constitución; pero tal tesis, que se fundamenta en la doctrina de la eliminación de las limitaciones derivadas del apartado f) del artículo 40 de la Ley jurisprudencial, respecto de la garantía jurisdiccional general establecida en el artículo 1º de la misma, que ha sido concretada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 17 de mayo de 1983 y ya en ocasiones diferentes por este Tribunal en distintas sentencias, algunas de ellas anteriores a la señalada, como la de 25 de octubre de 1982, es tan solo de aplicación relativa al caso, por cuanto si bien facilita el acceso a la Jurisdicción de todos los casos de lesión derivada de las actuaciones de concentración parcelaria, ello no significa la derogación total y absoluta del artículo 218 citado, sino su matización en el sentido

¹⁰ Reproducido casi literalmente por la Ley 10/1985, de 14 de agosto, de concentración parcelaria para Galicia (BOE de 16 de noviembre); así en su art. 43.1. "Agotada la vía administrativa, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo, que sólo será admisible por vicio sustancial en el procedimiento y por 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".

¹¹ Estudiado, antes de la Constitución, entre otros, por P. GONZÁLEZ MARIÑAS, "El recurso contencioso-Administrativo contra el Acuerdo de concentración parcelaria", en *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, n.º 46, 1977, A Coruña, págs. 43 y siguientes

de que, según que la lesión causada exceda o no del sexto del valor de las fincas aportadas, establecido con arreglo a las bases aprobadas, las consecuencias sean distintas, pues mientras la lesión que alcance o supere el citado sexto del valor señalado determina una rectificación en la concentración efectuada con arreglo al párrafo segundo del expresado artículo 218 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, la que no alcance ese límite sólo dé origen a una compensación que restablezca el principio de igualdad entre lo aportado y lo recibido concretado en el apartado a) del artículo 173 de la referida Ley de reforma y desarrollo agrario.

Que lo expuesto en la alegación precedente significa la necesidad de entrar a conocer el fondo de la cuestión debatida en instancia, rechazada por la sentencia en ella recaída razón a considerar que la lesión alegada por el recurrente no alcanzaba el sexto de la valoración de las fincas por él aportadas, siquiera la solución final del caso no sea distinta, finalmente, por cuanto el recurrente tenía que haber acreditado en autos haber sufrido lesión en el reemplazo de las fincas y que esa lesión alcanzaba una determinada cuantía para concretar la solución a establecer, pero es el caso que ello no ha sucedido, pues aunque es cierto se señalan distintos valores en puntos para las distintas clases de tierras y ellos no son coincidentes, debe tenerse en cuenta que la superficie de reemplazo es superior a la de aportación, incluso después de la resolución del recurso de alzada, donde se ha sustituido parte de una de las fincas de reemplazo por otra de mejor calidad, con lo cual no existe forma de conocer con seguridad si ha existido la lesión alegada y su cuantía, pudiéndose deducir únicamente del planteamiento realizado en conclusiones y en este recurso de apelación que, caso de existir lo que como se señala, no se acredita, no alcanzaba la cuota de alteración del principio de igualdad señalado por el reiterado artículo 218 de la Ley de reforma y desarrollo agrario (STS de 5 de diciembre de 1985 -Arzdi. 6380-).

Posteriormente, el Alto Tribunal siguiendo en esta línea extrajo más consecuencias; así, señalando:

“en el artículo 218 de la ley, se establecen fuertes limitaciones al ejercicio de la función jurisdiccional al declararse, no sin imperfección técnica, que el recurso contencioso-administrativo sólo será admisible por vicios esenciales del procedimiento o por lesión en la adjudicación de las fincas que ascienda al menos a la sexta parte del valor de los terrenos.

Respecto a dicho artículo 218 hay que partir en su interpretación de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, señaladamente de la Sentencia de 5 febrero 1985 donde se estudia directamente además el artículo 173 de la ley, sentencia recordada entre otras en fecha más reciente por la de 27 octubre 1990. Estas declaraciones jurisprudenciales afirman que el precepto del artículo 218 de la Ley de reforma y desarrollo agrario debe ser objeto

de una interpretación restringida que posibilite al máximo la defensa de los derechos e intereses, pues éstos no deben ser sometidos a limitación alguna en cuanto al acceso a los tribunales para su defensa. Ciertamente estas limitaciones al derecho a la protección jurisdiccional son excepcionales en nuestro ordenamiento y, al encontrarse establecidas por normas preconstitucionales, han de ser objeto de esta interpretación restringida que «a sensu contrario» facilite la protección judicial, siendo éste el sentido que inspira la actual regulación de la función jurisdiccional y más concretamente la normativa que se contiene en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley orgánica del poder judicial”.

Pero más adelante cuando llega el enjuiciamiento del artículo 218.1 de la LRYDA en relación con el caso y cual es la cuantía de la lesión producida, señala:

“Ello hace que la razón de decidir del presente proceso deba fundarse en la apreciación de los hechos, tal como se deducen éstos de la prueba pericial practicada en apelación. De ella se desprende de modo claro y palmario según testimonio conforme de los tres peritos designados que se produjo un grave perjuicio para los actores en la reagrupación de fincas, de modo tal que de las seis que les fueron asignadas, tres de ellas, prácticamente no son cultivables. Aunque sólo uno de los peritos llega a cifrar el perjuicio en el 17,60 por 100, superior al valor de una sexta parte que establece la ley, en cualquier caso los demás peritos que no fijan cifra no contradicen la anterior y atestiguan desde luego que se ha producido un perjuicio notable.

Por tanto, aplicando la doctrina de nuestra Sentencia de 5 febrero 1985, recordada por la de 27 octubre 1990, procede estimar el presente recurso de apelación y anular la concentración parcelaria en cuanto se refiere a las fincas asignadas a los apelantes”. (STS de 10 de febrero de 1994. Arzdi. 1021).

Ulteriormente, cuando el TS tiene que enfrentarse nuevamente con el tema, señala:

“los acuerdos de concentración parcelaria están sujetos a un régimen peculiar de impugnación, según el artículo 218 –vicio sustancial del procedimiento y lesión en la apreciación del valor de las fincas superior a la sexta parte del valor de las parcelas aportadas–, que, sin embargo, debe ser objeto de una interpretación acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y a la plena revisión jurisdiccional de la actividad administrativa (artículo 106 CE); de manera que dicho precepto no suponga 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 la concentración parcelaria. Así, ha de considerarse 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 de la concentración parcelaria, aunque proceda acordar, en su caso, las compensaciones restablecedoras del principio de igualdad entre lo aportado y lo recibido a que hubiere lugar. Y en este sentido se ha pronunciado la doctrina de este tribunal, que, además, ha considerado el prevalente interés público en la estabilidad de la concentración ya realizada, considerando que la eventual lesión causada debe corregirse mediante atribuciones que absorban, en su caso, diferencias económicas conforme a los principios rectores de la propia concentración y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 218.2 de la LRDA (SSTS 29 febrero 1988 y 17 febrero 1990)" (STS de 28 de junio de 1996-Arzdi. 5338-).

Esta doctrina es reiterada en la STS de 14 de octubre de 1996 -Arzdi. 7133-.


Por último, muy recientemente también el Alto Tribunal ha tenido ocasión de analizar nuevamente el tema y, además, en un caso en que la lesión apenas alcanzaba un 15%, es decir, inferior al sexto de que habla el 218 de la LRYDA, y ahora el Alto Tribunal señala:

"El artículo 218 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, vulnera el derecho de obtener la tutela efectiva de los tribunales, artículo 24.1 de la Constitución, al limitar el acceso a los tribunales en función de la lesión sufrida en su expediente de concentración parcelaria, sentencias de este tribunal de 6 noviembre 1981, y 6 de diciembre 1985, que interpretándolo atendiendo a la finalidad de este procedimiento sostienen la doctrina ya reiterada de que si la lesión alcanza la sexta parte del valor de las fincas aportadas da lugar a la rectificación del acuerdo de concentración y si es menor a la compensación económica; de lo que se infiere que de ser precisa la deducción de un 3% de las fincas aportadas para hacer posible la concentración parcelaria si el perjuicio económico es inferior a la sexta parte de su valor de derecho también a su compensación económica, pues el límite que establecía en el artículo 218 para el acceso a la revisión judicial de no alcanzar dicha sexta parte, resulta aplicable tanto si se trata del derecho a acceder a la vía jurisdiccional como el de hacer efectiva la compensación económica que dimana de la concentración, según exige la congruente interpretación de los artículos 202 y 218 de la citada ley, pues la jurisprudencia, sin condicionar el origen de la lesión patrimonial, ha declarado ser indemnizable cualquiera que sea su cuantía en relación con el valor de las fincas aportadas". (STS de 14 de enero de 1997 -Arzdi. 547-).

Es la primera vez, que yo haya visto, que se señala claramente la inconstitucionalidad de la limitación establecida en el art. 218 de la LRYDA, y también en la que el TS tiene que pronunciarse directamente sobre el tema, ya que la pretensión de reparación

de la lesión resultaba claramente inferior a la sexta parte, y en la que, en consecuencia, la cuantía de la lesión resultaba *ratio decidendi* para su admisión y posterior estimación. Creo que se trata de un cambio cualitativo muy importante, en cuanto a la limitación para el acceso a la revisión jurisdiccional del art. 218 de la LRYDA, que no debe quedar empañado por el hecho de que la lesión inferior a la sexta parte solamente dé derecho a la indemnización correspondiente y no a la nulidad del procedimiento seguido. Ya no se trata, pues, de un tema de no acceso a la jurisdicción sino de los efectos de la estimación.

IV. Conclusión

Los pronunciamientos jurisprudenciales comentados llevan a una conclusión final: el legislador no puede impedir el acceso a la jurisdicción, a la tutela judicial –consagrada en el art. 24 de la Constitución–, so pretexto de la escasa cuantía económica de la pretensión. 



CRÓNICA

PARLAMENTARIA

O procedemento lexislativo ordinario no Parlamento de Galicia

Lerrado do Parlamento
de Galicia.
Profesor de dereito
constitucional

Xosé Antonio Sarmiento Méndez

A análise do procedemento lexislativo na Cámara galega debe distinguir nidiamente o iter ó que se someten os proxectos de lei de iniciativa governamental do seguido para as proposicións alleas ó executivo. Esta diferenciación é decisiva tanto dende o punto de vista político coma do seu tratamento xurídico, no seo do dereito parlamentario galego. Partiremos pois por delimita-los distintos ámbitos dos que xorde o xermolo da futura lei.

¹ Vid., por todos, MÁIZ e PORTERO: "As institucións políticas no Estatuto de autonomía de Galicia", Publicacións do Parlamento de Galicia. 1987.

L **A iniciativa lexislativa**

O tratamento que se fai no artigo 110 do Regulamento parlamentario galego sobre a iniciativa lexislativa foi obxecto de numerosas críticas¹. Nembargantes a propia redacción introductoria dese resulta salientable, e non espertou a análise doutrinal que merecía. En efecto, non comprendo a razón pola que, á hora de describi-los suxeitos da iniciativa lexislativa que deberá

conducir á aprobación de leis autonómicas galegas, se introduce a expresión “sen prexuízo do disposto no artigo 87.2 da Constitución e no 10.1 f) do Estatuto de autonomía”, que como é ben sabido abordan cuestións en todo punto alleas a esta materia (a iniciativa das asembleas autonómicas perante a Mesa do Congreso ou perante o Goberno para a aprobación de leis estatais por parte das Cortes Xerais). Quizais nos atopemos perante un inxustificado celo do lexislador autonómico que tenta lembrarlle ó lector unha e outra vez as importantes competencias da Cámara nas súas relacións cos restantes poderes do Estado.

O Estatuto parlamentario recolle expresamente e dende o principio do seu título VI regulador do procedemento lexislativo a diferenciación da iniciativa governamental e da iniciativa lexislativa non governamental (parlamentaria ou popular).

Respecto da iniciativa lexislativa proveniente do Executivo aparece atribuída “á Xunta ou ó Goberno de Galicia”. Esta precisión terminolóxica, criticada por algún sector doutrinal², parece atender á coñecida confusión entre Xunta como Administración pública e Xunta como goberno galego (máis tecnicamente expresado Consello da Xunta).

Esta actividade de elaboración normativa governamental presenta a dúbida da aplicabilidade das disposicións previstas nos artigos 129 a 132 da Lei de procedemento administrativo, xa que cabería entender que a elaboración de disposicións de carácter xeral (entre elas os proxectos de lei) se poderían incluír dentro do “procedemento administrativo común” ó que alude o artigo 149.1.18 da Constitución, e éles polo tanto de aplicación a normativa estatal.

Nembargantes, a STC 15/1989 do 26 de xaneiro contén no seu fundamento xurídico 7º a seguinte afirmación que matiza o citado enfoque: “o procedemento de elaboración de disposicións de carácter xeral é un procedemento administrativo especial respecto do que as comunidades autónomas gozan de competencias exclusivas cando se trate do procedemento para a elaboración das súas propias normas de carácter xeral”. Así, o dereito contemplado na Lei de procedemento administrativo poderá aplicarse só no seu carácter de dereito supletorio conforme ó establecido no artigo 149.3 da Constitución.

A pesar desta exclusividade, as normativas autonómicas decidíronse a asumir un procedemento de elaboración moi similar ó estatal. Deste xeito o Decreto 111/1984, do 25 de maio (modificado polo decreto 57/1994, do 25 de marzo) regulador do réxime interior da Xunta de Galicia, contén nos seus artigos

² Así o fai ROBERTO L. BLANCO VALDÉS no seu recente traballo sobre o Consello Consultivo de Galicia publicado no número de xullo da revista *Autonomies*, Institut Catalá de Administració, Generalitat de Catalunya.

6 e seguintes un procedemento moi similar ó previsto na LPA. Esta opción lexislativa é perfectamente lexítima, o que sen dúbida é máis claramente criticable é a ausencia de rango legal para a regulación desta materia, tendo en conta a transcendencia práctica e normativa que a antedita presenta, e ademais a posibilidade de incorrer no absurdo de que un regulamento estableza o procedemento de elaboración dos propios regulamentos e das disposicións de rango superior.

A iniciativa lexislativa non gobernamental atribúeselles ós deputados e ós grupos parlamentarios en clara confrontación co texto do artigo 13 apdo. 1º do Estatuto de autonomía que a fai residir nos deputados e do Parlamento. Esta discordancia púxose de manifesto pola doutrina³ que demanda a necesidade dunha modificación regulamentaria para facer cohonestables ámbolos dous textos. Algún autor entende tamén que sería preciso atribuírlles iniciativa lexislativa ás entidades locais dun xeito similar ó que se prevé noutras comunidades autónomas, segundo o meu parecer a práctica autonómica non botou de menos esta iniciativa que non parece, por outra banda, estrictamente necesaria dende o punto de vista da "enxeñería estatutaria", e que podería provocar problemas pola configuración territorial do poder político na nosa Comunidade⁴.

A xurisprudencia constitucional (STC 124/1995 entre outras) destacou a dobre natureza das proposicións de lei: como participación na potestade lexislativa da Cámara e como instrumento ó servicio da función representativa característica de todo parlamento. Este "carácter bifronte" fai que, con independencia de que a iniciativa prospere perante o Pleno, só o seu debate cumpre unha función moi importante, a de permitirlles ós cidadáns representados ter coñecemento do que os seus representantes pensan sobre unha determinada materia.

A carón da iniciativa parlamentaria atópase a coñecida como iniciativa lexislativa popular. Trátase dunha modalidade que no actual "estado de partidos" non conta cunha aplicación exclusiva e que máis ben atopa numerosos obstáculos para obte-los seus obxectivos. O seu marco atópase na Lei orgánica 3/1984, do 28 de marzo e na Lei autonómica 1/1988, do 19 de xaneiro que se ven completadas coa referencia contida no artigo 124 do Regulamento parlamentario no tocante á participación da Mesa do Parlamento nese trámite lexislativo.

Limitándonos agora ós aspectos estrictamente parlamentarios debemos de subliñar que a participación da Mesa da Cámara na cualificación das iniciativas lexislativas populares foi obxecto recentemente de decisións por parte do Tribunal Constitucional

³ Así CÓLERA LEIRADO: "A iniciativa lexislativa", no volume colectivo *Estudios sobre o Estatuto galego*, Xunta de Galicia, 1991, páx. 268.

⁴ Para unha análise da estrutura territorial galega e as súas consecuencias no plano lexislativo pode consultarse X. A. SARMIENTO MÉNDEZ, "O territorio como elemento constitutivo da Comunidade Autónoma de Galicia", *REGAP* n.º 12, EGAP, Santiago de Compostela, páxs. 225 á 233.

nas que se subliña o carácter de control simplemente formal da cualificación da Mesa para superar, pois, a concepción tradicional que defendía a valoración sobre a constitucionalidade ou non da iniciativa por parte do órgano rector da Cámara (así a STC 76/1994, do 14 de marzo recaída sobre a lei vasca de iniciativa legislativa popular).

Outro problema salientable é o que atingue á participación da persoa que designe a comisión promotora no debate plenario de toma en consideración (artigo 12 da Lei autonómica de iniciativa legislativa popular). A pesar de que a práctica parlamentaria é totalmente restrictiva, debería impoñerse a posibilidade de participación do membro da comisión promotora na totalidade do debate, posto que na actualidade só se admite a presentación e, non unha verdadeira defensa a través da réplica que realiza o membro da comisión promotora.

Este marco tan restrictivo da iniciativa legislativa popular en sede parlamentaria complétase pola imposibilidade de que os subscritores daquela poidan retirar a iniciativa se, ó seu xuízo, o trámite parlamentario a converte en contraria ós seus intereses. Apuntouse⁵ neste sentido o precedente da Confederación Helvética que permite incorporar, na recollida de sinaturas, a autorización á comisión promotora para desistir do procedemento en calquera momento anterior ó da súa toma en consideración. Nembargantes, o problema máis grave dende o meu punto de vista, o da posible retirada ó longo da tramitación posterior á toma en consideración, non é posible no actual marco estatutario e lexislativo.

II.

A tramitación inicial dos proxectos de lei

a) *Os requisitos da exposición de motivos e antecedentes*

Os proxectos de lei remitidos pola Xunta de Galicia deben ir acompañados dunha exposición de motivos e dos antecedentes necesarios para se pronunciaren. Como no seu momento apuntou Sáinz Moreno⁶, un dato indubidable dos nosos días é a existencia dunha grande desigualdade de información entre os gobernos e os parlamentos, aspecto que tamén condiciona excesivamente a función lexislativa das cámaras. Nesta liña os preceptos constitucionais e regulamentarios abundan na necesidade de que os executivos lles proporcionen un mínimo de información ós parlamentos para o exercicio das súas facultades lexislativas.

⁵ Vid., CÓLERA LEIRADO, *op. cit. supra.*, páx. 286.

⁶ Cfr., SÁINZ MORENO, F., "Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proxecto de lei (art. 88 CE)", en *A calidade das leis*, Parlamento vasco, Vitoria, 1989, páxs. 31-32.

O marco constitucional nesta materia vén dado polo contido do artigo 88 da Constitución Española ó establecer que os proxectos de lei se aprobarán no Consello de Ministros, que os someterá ó Congreso acompañados dunha exposición de motivos e dos antecedentes necesarios para pronunciarse sobre eles. Tal disposición é novidosa no dereito constitucional español e comparado, e pode só citarse o artigo 74, da Constitución grega, do 9 de xuño de 1975 que obriga a que todo proxecto e proposición de lei leve necesariamente consigo unha exposición de motivos.

A constatación palmar do incumprimento practicamente xeneralizado deste mandato constitucional e regulamentario leva a preguntármonos cál é o alcance da obriga contida neses preceptos e a posible sanción do seu incumprimento. A solución aparece delimitada polo contido da STC 108/1976, do 29 de xullo, dictada no recurso de inconstitucionalidade promovido contra a Lei orgánica 6/1985, do 1 de xullo do Poder Xudicial. A xurisprudencia nela contida declara que a ausencia dun determinado antecedente só terá transcendencia se privara as cámaras dun elemento de xuízo necesario para a súa decisión, pero ademais é preciso que o defecto o denunciaran perante as mesmas cámaras os parlamentarios durante a tramitación do proxecto ou proposición de que se trate.

Preséntase a dúbida de se o réxime xurídico debe ser unitario nos supostos nos que se dá unha omisión total da exposición de motivos e dos antecedentes e, aqueles nos que os antecedentes son simplemente insuficientes. No primeiro dos casos parece claro que a inadmisibilidade do proxecto é a decisión máis correcta que a Mesa pode tomar. No segundo, os parlamentarios deben facer constar formalmente a insuficiencia de tales antecedentes para que a Mesa proceda a pedirlle a citada documentación ó Executivo.

Como pode apreciarse, o réxime xurídico da existencia de exposición de motivos e de antecedentes é diferente, o que parece lóxico por canto os antecedentes teñen un ámbito máis amplo có contido da exposición de motivos, e esténdense en ocasións á propia proba documental das exposicións de motivos.

b) A actuación da Mesa

No momento seguinte á recepción, no Rexistro do Parlamento, do documento que remitiu a Xunta de Galicia, a Mesa deberá reunirse para adoptar un triple acordo: mandará que se publique o texto do proxecto no *Boletín Oficial da Cámara* (primeira publicación oficial do texto prelexislativo), ordenará

que se abra o prazo de presentación de emendas e, oída a Xunta de Portavoces (que se reúne coa propia Mesa nun momento inmediatamente posterior) ordenará que se tramite na comisión correspondente por razón da materia conforme ó elenco previsto no artigo 45 do Regulamento do Parlamento de Galicia.

Atopámonos perante un paso no que a participación do órgano rector da Cámara é simplemente mecánico, ó contrario do principio xeral de actuación da Mesa, que segundo Solé Tura e Aparicio⁷ se rexe pola "selección do traballo parlamentario", posto que as decisións que se tomen son obrigadas sen ámbito ningún de discrecionalidade.

c) *Presentación das emendas*

Como no seu momento apuntou Cano Bueso⁸, o trámite de presentación de emendas constitúe o momento procesual no que verdadeiramente se poñen de manifesto a pluralidade social e política. Por esta razón entendo que toda a regulación parlamentaria deste acto se debe interpretar dende o máis escrupuloso respecto ós dereitos dos deputados no exercicio da súa función representativa.

Desde este punto de vista debo defende-la necesaria extensión das comparecencias en comisión como trámite informativo de carácter imprescindible para que os deputados poidan formula-las súas emendas, dun xeito similar a como vén acontecendo na tramitación da Lei de presupostos xerais da Comunidade Autónoma.

Os deputados e os grupos parlamentarios contan cun prazo de quince días a partir da publicación do proxecto de lei para lle presentaren emendas a este mediante escrito dirixido á mesa da comisión competente. Este prazo de quince días pode verse afectado por un acordo de prórroga ou de redución que establecerá a Mesa da Cámara de acordo coa Xunta de Portavoces. Agás casos excepcionais, as prórrogas non poderán exceder doutros quince días nin as reducións poderán exceder de sete días de duración. Conforme ó principio xeral do dereito público estas variacións do prazo deben acordarse antes de que este remate, posto que en caso contrario nos atoparíamos perante o nacemento dun novo prazo de presentación de emendas.

Outra variación importante dos habituais quince días prodúcese pola posible declaración de urxencia que o proxecto de lei teña atribuída, e que leva consigo unha duración da metade do carácter ordinario do prazo. Como sinala Martines⁹ para o caso italiano, non se trata dun procedemento legislativo dis-

⁷ Tomado de: *As Cortes Xerais no sistema constitucional*, Colección Temas clave de la Constitución española, Ed. Tecnos, páx. 128.

⁸ No seu interesante traballo: "Cuestións de técnica xurídica no procedemento legislativo do estado social", incluído na obra colectiva *A técnica lexislativa a debate*, Ed. Tecnos, páx. 213.

⁹ Vid., TEMISTOCLE MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1997, páx. 354.

tinto do ordinario, senón dunha redución dos termos. A declaración de urxencia adóptaa a Mesa do Parlamento por petición da Xunta de Galicia, de dous grupos parlamentarios ou dunha quinta parte dos deputados.

Importante problemática xurídica suscita o mandato regulamentario que contén a obriga de que o escrito de emendas debe leva-la sinatura do portavoz do grupo ó que pertenza o deputado ou, da persoa que substitúa a aquel, para os simples efectos de coñecemento. A pesar da redacción literal do Regulamento, a doutrina constitucionalista¹⁰ e a práctica parlamentaria galega téñense decantado por unha interpretación estricita do requisito da sinatura do portavoz, no sentido de inadmitir aquelas emendas que non conten con tal requisito¹¹. Ó meu xuízo, no momento en que se ocupe o Tribunal Constitucional desta materia, porase de manifesto ata qué punto as facultades parlamentarias individuais poden verse debilitadas pola pertenza dos deputados ós grupos, xa que o dereito de emenda xunto ó dereito a presentar preguntas constitúen o núcleo tradicional das facultades atribuídas ó parlamentario individual.

En todo caso a omisión do trámite da sinatura do portavoz pode repararse antes do comezo da discusión en comisión, posibilidade que só será útil nos supostos de esquecemento ou de erro material, pero non nos que exista unha disconformidade entre o posicionamento político do parlamentario e o mantido polo seu propio grupo.

A tipoloxía das emendas no Regulamento galego é similar á prevista nos restantes parlamentos do Estado español. Deste xeito enténdese por emendas á totalidade aquelas que versen sobre oportunidade, os principios ou o espírito do proxecto de lei, nas súas dúas modalidades: as que postulen a devolución do texto á Xunta e as que propoñan un texto completo alternativo ó do proxecto.

Atopámonos perante emendas que só poden presentar os grupos parlamentarios ou un deputado coa sinatura doutros catro. A doutrina¹² reclama a necesidade de xustificarla motivación das emendas para evitar que a súa presentación se faga por motivos estritamente obstrucionistas. Confíase, ó meu xuízo, en demasía nos requisitos formais para reconducir-lo debate político, e resulta moito máis realista a previsión incorporada nalgún Parlamento¹³ de que teña lugar en todo caso un debate de totalidade, con independencia da presentación ou non de emendas con tal carácter.

Pola contra, as emendas ó articulado pretenden unha modificación puntual dalgúns dos artigos cos que conta o proxecto,

¹⁰ Entre outros M^a ASUNCIÓN GARCÍA MARTÍNEZ na súa monografía: *O procedemento lexislativo*, Congreso dos Deputados, páx. 248

¹¹ O problema xurdiu na III Lexislatura con motivo das emendas presentadas por parlamentarios ó proxecto de lei de presupostos. A Mesa da Comisión 3^a denegou a admisión a trámite por non contar coa sinatura do portavoz do seu grupo.

¹² Opinión de BENIGNO PENDÁS GARCÍA en "Función dos Parlamentos na materia de técnica lexislativa", en F. SÁINZ MORENO e J.C. DA SILVA OCHOA (coords.), *A calidade das leis*, Parlamento vasco, 1989, páx. 357.

¹³ Neste sentido a reforma do Regulamento do Parlamento de Andalucía de abril de 1991, no seu artigo 110.

e poden ser de supresión, modificación ou adición. A práctica parlamentaria galega coñece a existencia das emendas ó articulado “de substitución”. As mesas das comisións admiten esta tipoloxía dentro das xenéricas “de modificación” que veñen recollidas no artigo 112.4 do Regulamento do Parlamento de Galicia. Nesta mesma tendencia aperturista enmárcase unha práctica parlamentaria perniciosa que se produce polo costume dalgúns grupos parlamentarios que, ó veren rexeitadas as súas emendas á totalidade con texto alternativo, proceden á presentación do contido de tal emenda por partes, como emendas ó articulado, o que xera en ocasións a incongruencia entre as emendas e o texto dos artigos ós que se presentan.

Máis problemas presenta o caso das emendas coñecidas no dereito anglosaxón coma “wrecking amendments”¹⁴, é dicir, aquelas que se presentan a un proxecto de lei pero que exceden o seu ámbito. O noso Tribunal Constitucional defende na súa xurisprudencia máis recente unha concepción material da emenda, de tal xeito que obriga a que “as emendas deban versar sobre a materia á que se refire o proxecto de lei que trata de modificar” (f.x. 5º, STC 23/90 e ATC 13-09-1993). Esta doutrina é de aplicación sobre todo, naqueles casos nos que o proxecto de lei tenta a modificación parcial dunha lei anterior, e impide polo tanto, que as emendas versen sobre a reforma de aspectos que o proxecto non quere reformar.

Posúe o Regulamento galego o mandato de que as emendas de modificación ou adición deban conte-lo texto completo que se propoña. Neste punto, as mesas das comisións son totalmente tolerantes ó admiti-las emendas a pesar de non viren acompañadas do texto completo do artigo proposto, o que provoca abundantes problemas e confusións no traballo dos deputados coa documentación necesaria para o trámite lexislativo.

Nesta mesma liña considérase para tódolos efectos do procedemento lexislativo, cada disposición adicional, derradeira, derogatoria ou transitoria coma un artigo, ó igual có título da lei, as rubricas das distintas partes nas que estea sistematizado, a propia ordenación sistemática e a exposición de motivos. Esta disposición favorece tremendamente as demandas dunha correcta técnica normativa na elaboración das leis e no desenvolvemento dos traballos parlamentarios en ponencia e comisión.

En todo caso, sería recomendable que se dicte unha resolución interpretativa do Regulamento que posibilite que a redacción da exposición de motivos das leis fose feita no derradeiro momento da súa tramitación, exceptuándoa incluso dos anteriores pasos do “iter lexislativo”¹⁵.

¹⁴ Os tratadistas dese ámbito xurídico son moi celosos da pureza na formulación das emendas ós textos lexislativos. Poden consultarse entre outros, G.C. THORNTON: *Legislative Drafting*, Butterworths, Londres, 1996, páxs. 403-426.

¹⁵ Esta técnica evitaría problemas como os observados nas exposicións de motivos das leis de Patrimonio ou de creación do Instituto lácteo e gandeiro, que non coinciden no seu contido co texto articulado da lei.

Existe un réxime singular para o tratamento daquelas emendas de contido orzamentario, e enténdese por tales as que son presentadas coa pretensión de aumenta-los créditos ou diminuí-los ingresos orzamentarios. Neste caso requírese a conformidade da Xunta de Galicia para a súa tramitación. A razón última desta disposición regulamentaria descansa na responsabilidade do Executivo no cumprimento dos presupostos e do programa económico xeral da Comunidade Autónoma, se ben as máis recentes reformas constitucionais parecen acentuar a necesaria participación dos lexislativos nas finanzas sociais¹⁶.

Prevese, para os efectos citados, que a ponencia encargada de redacta-lo informe do proxecto de lei de que se trate lle remita á Xunta de Galicia, a través do presidente da Cámara, aquelas emendas que teñan contido orzamentario. Resulta decisivo para estes efectos lembra-lo costume parlamentario galego que defende a adopción de acordos por parte das ponencias a través do mecanismo do voto ponderado. Deste xeito a maioría parlamentaria que apoia o Goberno será en definitiva a que decida "a limine" sobre o carácter financeiro ou non das emendas que se analicen¹⁷.

A Xunta de Galicia ten a obriga de responder, nun prazo de quince días, sobre o pretendido carácter orzamentario das emendas, de tal xeito que, transcorrido ese prazo, se entende que o Goberno galego está conforme coas emendas, e estas poden ser substanciadas en sede parlamentaria. Esta perentoriedade na tramitación vese compensada pola previsión de que nos supostos de non someterse ó criterio da Xunta as emendas citadas, esta poderá opoñerse á súa tramitación en calquera momento posterior do procedemento lexislativo. Entendo que esta expresión debe interpretarse referida a un momento previo ó da incorporación das emendas ó texto definitivo da lei, pois o contrario suporía unha intromisión inaceptable do Executivo na soberanía lexislativa da Cámara.

Por último existen unhas emendas que aínda que impliquen diminución dos ingresos tributarios e non estean suxeitas á conformidade do Executivo para a súa tramitación deben poñer unha baixa correlativa dos gastos. Como entende Santaolalla¹⁸ esta limitación non ten unha razón de ser moi fundamentada posto que os ingresos orzamentarios teñen un carácter estimativo e polo tanto non é posible establecer nidiamente as consecuencias de tales emendas no marco presupostario.

¹⁶ Feito que pode comprobarse na recente reforma constitucional francesa; así LOÏC PHILIP: "La révision constitutionnelle du 22 février 1996", *Revue française de Droit constitutionnel*, 27, 1996, páx. 451 e segs.

¹⁷ Sobre o matiz controlador desta actividade lexislativa pode consultarse o meu traballo: "O control parlamentario das finanzas públicas na Comunidade Autónoma de Galicia", publicado no n.º 13 da *REGAP*.

¹⁸ Así Fernando Santaolalla: "Dereito parlamentario español.", Ed. Espasa Universidade, 1990, páx. 270. Nun sentido similar F. Sáinz de Bujanda, *Notas de Dereito Financeiro*, I, 3º, Madrid, 1975, páxs. 601 e segs.

d) O debate de totalidade

O debate de totalidade supón o debate político plenario por excelencia, de tal xeito que as tendencias parlamentarias máis recentes tentan delimita-lo debate técnico sobre o contido das emendas para as fases de ponencia e comisión, deixando para o Pleno o debate político sen repeti-lo xa pechado nos outros órganos de traballo¹⁹.

Ten lugar o debate de totalidade nos supostos de presentación de emendas de tal clase. Para estes efectos na práctica parlamentaria galega non é insólita a cualificación separada por parte das mesas das comisións das emendas á totalidade, para xera-lo debate plenario, e posteriormente das emendas ó articulado, co fin de posibilita-lo oportuno debate en ponencia e comisión.

O desenvolvemento do debate parte da defensa das emendas á totalidade por parte dos grupos que as presentaron, e establécese posteriormente unha rolda a favor e outra en contra sobre aquelas, a unha de portavoces para os grupos non emendantes, conforme á nova redacción dada ó Regulamento trala reforma do 12 de xullo de 1993.

Unha vez rematado o debate, o Pleno pode tomar un destes tres acordos: en primeiro lugar acorda-la devolución do Proxecto de lei á Xunta de Galicia, como consecuencia da aceptación dunha emenda devolutiva. En segundo lugar, se se rexeitaron as emendas presentadas, o texto do proxecto de lei remitiráselle á comisión competente por razón da materia, para proseguir-la súa tramitación. Por último se a emenda aceptada fose de texto alternativo trasladaráselle este á comisión correspondente, publicarase no *Boletín Oficial do Parlamento* e abrirase un novo prazo de presentación de emendas, que só poderán ser sobre o articulado.

As variantes comentadas implican que as votacións sobre o texto legislativo se fagan, en primeiro lugar, acerca das emendas á totalidade de devolución, e que pasen posteriormente ó pronunciamento sobre as que conteñen un texto alternativo, o que respecta o clásico principio de votar en primeiro lugar as opcións políticas máis afastadas da iniciativa governamental e posteriormente as máis aproximadas a ela.

¹⁹ Neste sentido oriéntanse os traballos da ponencia para a elaboración dun novo regulamento do Congreso dos Deputados que neste punto parecen atopalo consenso de tódolos grupos da Cámara. É positiva a introducción progresiva da obrigatoriedade do debate de totalidade dos proxectos de lei, con independencia de que se presentasen ou non emendas deste carácter, xa que posibilita o tratamento dos principios inspiradores do proxecto e a fixación das directrices que sirvan de referencia nos debates posteriores.

III.

A tramitación inicial das proposicións de lei

Os suxeitos lexitimados para presentaren proposicións de lei son dous claramente diferenciados. O máis habitual na práctica parlamentaria galega é a iniciativa lexislativa parlamentaria de carácter grupal, isto é, aquela subscrita por un grupo parlamentario coa sinatura do seu portavoz. Esta posibilidade facilita enormemente a iniciativa lexislativa do Grupo Parlamentario Mixto, que conta con esta facultade aínda sen estar composto por un número de cinco deputados. En todo caso terase que ter en conta as normas internas de funcionamento deste grupo parlamentario non partidario²⁰.

A segunda posibilidade é máis insólita na historia parlamentaria galega, se ben o Regulamento a cita en primeiro lugar e dálle un carácter de normalidade. Trátase das proposicións de lei presentadas por un deputado coa sinatura doutros catro membros da Cámara. Obviamente nun "Parlamento de Grupos" a posibilidade de que os deputados de distintos grupos parlamentarios unan as súas sinaturas para a formulación dunha proposición de lei non é habitual, a non ser que se trate dun acordo previo dos grupos parlamentarios dos que forman parte, que normalmente se instrumentará a través dunha iniciativa conxunta de ámbolos dous grupos.

a) Os antecedentes das proposicións de lei

A teoría exposta acerca da exposición de motivos e dos antecedentes necesarios para se poder pronunciar acerca dos proxectos de lei merece algunhas matizacións no tocante ás proposicións de lei. A pesar de que a regulación regulamentaria é en todo punto semellante, faise preciso tomar conciencia da dificultade que teñen os deputados individuais e os grupos parlamentarios para documentar *in extenso* as súas iniciativas lexislativas (existencia dun estudio económico, de viabilidade...). Por esta razón defendo a necesaria suavización dos requisitos que atinguen ós antecedentes no caso das proposicións de lei fronte ó criterio exposto para os proxectos.

Nembargantes e no que se refire á exposición de motivos, o criterio que se ha de manter debe ser estricto. A ausencia de medios á que me referín non pode xustificar que a iniciativa se remita sen unha mínima documentación xustificativa que debe plasmarse na exposición de motivos que antecede ó texto articulado.

A práctica parlamentaria conta con numerosas experiencias de "mimetismo lexislativo", isto é, iniciativas que veñen prece-

²⁰ Para un estudio detido e polémico da problemática deste grupo pode consultarse o recente traballo do meu compañeiro ALBERTO ARCE JANÁRIZ: "Tránsfugas e portavoces no Grupo Mixto" (Dictame sobre a constitucionalidade da regulación da portavocía do Grupo Parlamentario Mixto preparada polo grupo de traballo para a reforma do Regulamento da Xunta Xeral do Principado de Asturias), *Revista das Cortes Xerais*, n.º 40, páxs. 155 á 171.

didadas de textos no dereito autonómico comparado. Este actuar é tan criticable no suposto de producirse na iniciativa lexislativa parlamentaria coma na gobernamental, pero se cabe, no suposto dos grupos parlamentarios, preséntase como máis salientable, posto que o labor da oposición sempre se caracterizou pola súa orixinalidade na presentación de propostas respecto das rixideces que se derivan da execución do programa lexislativo de iniciativa gobernamental.

Singular problema se suscita no suposto das “ponencias conxuntas” que se dan nos casos de consenso parlamentario. Entendo que a Cámara debe proporcionar tódolos medios precisos para que os textos lexislativos que nacen no seu seo cumpran a totalidade dos requisitos que o Regulamento establece, e polo tanto, veñan acompañados dunha abundante documentación dos antecedentes e dunha digna exposición de motivos.

b) A actuación da Mesa

A cualificación que a Mesa debe facer do texto remitido como proposición de lei debe limitarse ós aspectos simplemente formais regulamentariamente esixidos, pois como ten apuntado o TC (SS 181/1989, 205/1990 e 124/1995), se fose o contrario estaría asumindo baixo un pretendido xuízo técnico unha decisión política que só lle corresponde ó Pleno, e ademais estaría obstaculizando a posibilidade dun debate público entre as distintas forzas con representación parlamentaria.

O órgano rector da Cámara debe ordenar a publicación da proposición de lei e a súa remisión á Xunta de Galicia. Este coñecemento por parte do Executivo ten unha dobre funcionalidade: manifesta-lo seu criterio respecto da toma en consideración, aspecto este de importante transcendencia política á hora de debaterse na Cámara, e por outra banda, manifesta-lo seu criterio sobre se a tramitación implica aumento dos créditos ou mingua dos ingresos presupostarios. Esta segunda manifestación conta cun prazo perentorio de quince días que, de transcorrer, se interpretan no sentido de que a proposición está en condicións de ser incluída na orde do día do Pleno.

A virtualidade da oposición gobernamental á tramitación das proposicións de lei é ben escasa por canto, como ten sinalado a doutrina²¹, os autores da proposición poden introducir a sinxela disposición de que a entrada en vigor do texto lexislativo será o 1 de xaneiro do ano inmediatamente posterior ó que se está tramitando, perante a Cámara, a proposición de lei.

²¹ Cfr. JOSÉ ASENSI SABATER e outros en: *Estudio sobre o Estatuto valenciano*. Tomo II. Institucións autonómicas da Comunidade valenciana. Generalitat valenciana, 1996, páxs. 89 e segs.

c) O debate de toma en consideración

Este trámite iníciase coa lectura do criterio do Executivo, se existe. Obviamente trátase dun parecer que non vincula a Cámara e que cumpre uns efectos simplemente informativos²².

Dende o punto de vista procedemental, a toma en consideración desempeña unha función similar ó debate de totalidade para os proxectos de lei, e quizais por isto mesmo, o desenvolvemento do debate se remite á regulación dos de totalidade. O Tribunal Constitucional salientou o carácter estritamente político da decisión da Cámara na toma en consideración, e por ende, a imposibilidade de someter tal trámite ó coñecemento do control de constitucionalidade (así ATC 659/1987, do 27 de maio).

Concluído o debate de toma en consideración, o Regulamento galego prevé un acto protocolario mediante o que o presidente lle pregunta á Cámara se toma ou non en consideración a proposición de lei de que se trate. Trátase de formalizar solemnemente a asunción pola totalidade da Cámara dunha iniciativa que ata ese momento lle pertencía soamente a algún dos seus membros. A partir deste momento a proposición segue o camiño previsto para os proxectos de lei, como posteriormente se explicará.

d) A presentación das emendas

A superación do debate de toma en consideración abre un prazo de quince días para que se formulen perante a Mesa da comisión, que a Mesa do parlamento determine competente, oportunas emendas ó articulado. Este é precisamente o primeiro problema que cabe suscitar sobre este trámite: se non caberían tamén outros tipo de emendas ante tal documento lexislativo. A lóxica parlamentaria indica que a Cámara xa tivo ocasión de manifestarse sobre a globalidade do proxecto e polo tanto neste momento do iter procesual soamente poderá pretende-la modificación puntual dalgún artigo da proposición de que se trate.

A STC 99/1987 afirmou nidiamente a imposibilidade de establecer unha delimitación material entre as emendas e as proposicións de lei, e polo tanto a falta de límites ás facultades dos deputados para presenta-las emendas, exceptuados os que, tanto para as proposicións de lei fixan os artigos 84 e 134.6 da Constitución como para lle asegura-la acción propia ó Goberno²³.

Na historia da IV Lexislatura autonómica suscitouse o problema da posibilidade de que un grupo parlamentario, autor da proposición de lei, puidese nun momento máis avanzado do trámite lexislativo formular emendas ó articulado á súa pro-

²² Neste mesmo sentido se pronuncian as recentes reformas regulamentarias nos parlamentos onde esta solución non era pacífica. Así a reforma do Regulamento das Cortes Valencianas de 1994 na súa redacción do artigo 119.

²³ Estas declaracións fan criticar a J. A. VÍBORAS JIMÉNEZ a doutrina terminante do TC sobre os límites materiais da Lei de presupostos. Cfr. o seu traballo: "A función lexislativa na xurisprudencia constitucional" no volume *Parlamento e Xustiza Constitucional*, "IV xornadas da Asociación Española de letrados de Parlamentos", Ed. Aranzadi, páx. 499.

posición. O criterio debe ser claramente favorable, posto que, como xa apuntei, a iniciativa lle pertence á totalidade da Cámara que a asume como propia, no debate de toma en consideración, e polo tanto, o grupo parlamentario autor daquela proposición soamente instou a iniciativa do proceso pero non é o titular da proposición, unha vez superado o debate plenario.

Dentro desta mesma liña é perfectamente posible que un grupo parlamentario presente un texto lexislativo cun contido "mínimo" para tentar que a Cámara o asuma como documento de traballo sobre o que posteriormente trate de incorporar-las súas emendas parciais.

IV.

A substanciación común dos textos lexislativos

a) A redacción do informe da ponencia

O primeiro documento que unifica a tramitación lexislativa de proposicións e proxectos de lei é o informe da ponencia. Este texto redáctao un deputado/deputados designados dentro da Comisión competente, para que á vista da iniciativa lexislativa e das emendas presentadas ó articulado, redacten un relatorio de carácter eminentemente técnico.

Un requisito que se vén incumprindo no funcionamento das ponencias é o prazo de quince días que o Regulamento prevé para a redacción do seu informe. Trátase como é obvio, dun incumprimento regulamentario que non vicia o procedemento lexislativo segundo o asentado criterio xurisprudencial que vincula a transcendencia das infraccións ó contido do artigo 23 da CE, é dicir, ó proceso de formación da vontade das cámaras (STC 57/1989).

Se ben a complexidade dalgúns documentos lexislativos xera a imposibilidade da redacción do citado informe no prazo de quince días, debe deixarse constancia de certa renuncia na práctica parlamentaria galega para o cumprimento do citado prazo. Deste xeito, a Presidencia da Cámara dictou un acordo interpretativo aprobado pola Mesa do Parlamento, na súa reunión do día 6 de maio de 1992, no que fai descansar no presidente da Mesa da comisión as facultades de impulsa-lo traballo da ponencia co fin de facilitar, o máis axiña posible, o remate do seu informe²⁴.

A pretendida función técnica das ponencias á que faciamos referencia vese matizada ó comproba-la súa composición, que no caso do Lexislativo galego, e segundo costume parlamenta-

²⁴ Así BOPG, n.º 310, do 12 de setembro de 1993.

rio asentado, a dun deputado por cada grupo parlamentario, asistidos por un letrado da Cámara. O carácter político deste órgano acentúase coa práctica da aplicación do voto ponderado á hora de plasmarlle as súas propostas á comisión de que se trate.

Dende o punto de vista técnico, resulta criticable o tratamento que se lle vén dando ás emendas presentadas *ex novo* dentro da ponencia, posto que non pasan o filtro da cualificación da Mesa da Comisión e, en ocasións, constitúen novos documentos que se incorporan á tramitación lexislativa sen a necesaria publicidade parlamentaria.

b) A elaboración do dictame da Comisión

Os traballos da Comisión en sede lexislativa vense claramente mediatizados pola presenza dos medios de comunicación social, que están ausentes na redacción do informe de ponencia. Aquí pois, o debate pasa a ser máis político que técnico-xurídico, fenómeno que como explica Giorgio Bogi²⁵ para o caso italiano, é común nas democracias occidentais.

A prolixidade do debate maniféstase no mandato regulamentario de que este se desenvolva artigo por artigo, se ben, na práctica, grande número de textos lexislativos relevantes (Lei de estradas, de turismo ou do deporte entre outras) acumularon o seu debate por grupos de artigos e separáronse dos criterios regulamentarios²⁶.

Como manifestación da partidocracia que enmarca as democracias contemporáneas²⁷, a previsión regulamentaria da participación no debate dos emendantes e os membros da Comisión vese reducida xeralmente á intervención dos portavoces dos grupos parlamentarios, que habitualmente son os mesmos que participaron como membros da ponencia.

Resulta salientable que no trámite de Comisión se faga unha referencia concreta ó debate da exposición de motivos da lei. Prevese neste sentido que as emendas presentadas en relación con esta se discutan ó final do articulado cando, ó meu xuízo, o máis axeitado sería que a exposición de motivos se redactase no momento derradeiro da tramitación parlamentaria, como xa apuntamos nalgún outro momento.

O mandato regulamentario de que a exposición de motivos se incorpore no seu caso como preámbulo da lei, aínda que sexa de carácter simplemente nominal, incúmrese dun xeito inxustificable, e é bastante habitual atopar leis autonómicas que, na súa publicación definitiva, no *Diario Oficial de Galicia*, contan con exposición de motivos e non con preámbulo.

²⁵ Vid., *I Legislatori e il meccanismo parlamentare*, Ed. Cedam. Milano, 1995, páx. 198.

²⁶ Outras cámaras reservan o debate artigo por artigo para o Pleno (así Valencia), o que resulta máis rechamante dende a óptica da reforma regulamentaria acordada no caso galego.

²⁷ Así se destaca para o caso alemán por VICENTE A. SANJURJO RIVO, "Federalismo e procedemento lexislativo en Alemaña: o peculiar caso do Bundesrat", *Revista das Cortes Xerais*, n.º 40, páx. 35.

Con respecto ás emendas que se presentan, por primeira vez, no seo da Comisión cabe formular parecidas críticas ás que apuntei respecto das que nacen por primeira vez no seo da ponencia. Este problema vese acentuado polo posible nacemento de novas emendas de carácter transaccional ou técnico que, na práctica, lles provocan serios problemas interpretativos ás mesas das comisións polo costume dalgúns grupos parlamentarios de introducir por esta vía auténticas emendas ó articulado.

A elaboración do dictame da Comisión vén enmarcada por unha regulación claramente presidencialista do funcionamento deste órgano. Neste sentido, o presidente da Comisión exerce funcións semellantes ás que lle son atribuídas á Presidencia da Cámara e que se manifestan de xeito exacerbado na posibilidade de aplica-lo que se coñece tecnicamente como "guillotina". Trátase da posibilidade que ten o Presidente da Comisión, de acordo coa Mesa desta, de establecer un tempo máximo para a discusión de cada artigo, o que corresponda a cada intervención, á vista do número de peticións de palabra, e o total para a conclusión do dictame²⁸.

Unha última manifestación do presidencialismo do que estamos a falar é o feito de que sexa o presidente da Comisión quen asine o dictame desta, co fin de remitirlo ó presidente da Cámara para os efectos da tramitación subseguinte que procedese. Trátase dunha vía distinta á que no seu momento utilizou a ponencia, que na súa redacción do informe aparece subscrita pola totalidade dos seus membros dun xeito acéfalo.

c) A segunda lectura plenaria

1. Obxecto do debate.

Establécese que o debate no Pleno da Cámara verse acerca do mantemento das emendas que os grupos parlamentarios e os deputados teñan feito dentro das corenta e oito horas seguintes á data de terminación do dictame. A práctica seguida consiste en que o presidente da Comisión antes de ergue-la sesión na que se aproba o dictame, lles comunica verbalmente ós deputados o prazo límite para estes efectos. Este mantemento deberá substanciarse nun escrito dirixido á Presidencia da Cámara, nel deberán comunicarse os votos particulares e as emendas que despois de que se defendan e voten en Comisión e non se incorporen no dictame se pretendan defender no Pleno.

Este procedemento tense interpretado de xeito restrictivo, e así é estrictamente preciso que os votos particulares e as emendas se defendan e voten na Comisión. É habitual a práctica parlamentaria de "dar por defendidas" as emendas, sexan propias

²⁸ Esta técnica utilizouse na recente historia parlamentaria galega con motivo da tramitación de reforma parlamentaria do 23 de xullo de 1993.

ou doutro grupo parlamentario, coa exclusiva finalidade de que non decaian e se poidan manter para o seu debate no Pleno da Cámara. Este costume parlamentario pode presentar problemas cando a defensa das emendas se fai por apoderamento e non queda unha clara constancia de tal vontade do grupo titular delas. Entendo que en tal caso sería conveniente establecerlle a necesidade dunha comunicación en tal sentido á Mesa da Comisión, ou entender que se dá unha ratificación tácita de tal delegación, na defensa, a través do escrito de mantemento de emendas.

2. Desenvolvemento do debate.

O noso dereito parlamentario establece que comezará pola presentación que do dictame da Comisión faga o presidente desta ou o deputado en quen delegue por un tempo de dez minutos. O mecanismo melloraría notablemente se a presentación se fixese por parte do deputado ponente que actúa como coordinador da ponencia e que normalmente é un membro da maioría parlamentaria. Deste xeito evitaríanse as protocolarias presentacións de dictames nas que o presidente se limita a dar conta dunha serie de datos e actos parlamentarios en todo punto intrascendentes para a interpretación do texto lexislativo.

Seguidamente ten lugar unha quenda atribuída ós grupos parlamentarios para que durante quince minutos expliquen a súa posición sobre o dictame remitido pola Comisión e, se é o caso, para defende-las emendas e os votos particulares non incorporados a ese. O debate péchase cunha quenda de cinco minutos para que os grupos se posicionen sobre as emendas e os votos particulares defendidos polos demais.

O trámite plenario remata coas votacións que, se seguimola lóxica parlamentaria, se desenvolven do seguinte xeito: primeiro sométense a votación as emendas e votos particulares mantidos e as novas transaccións acadadas, e por último o dictame da Comisión coas innovacións que se acadaran no Pleno.

3. Falta de redacción harmónica: a terceira lectura plenaria.


A ninguén lle sorprende que na tramitación lexislativa dun texto se produzan antinomias ou discordancias internas, froito das moitas mans polas que pasa o texto e das emendas ás que se somete²⁹.

Con carácter claramente extraordinario³⁰ a Mesa do Parlamento, por iniciativa propia ou por petición da Comisión parlamentaria competente, poderá envialo texto aprobado polo Pleno de novo á Comisión ("Comisión de Estilo" segun-

²⁹ Son clásicas as críticas de FEDERICO DE CASTRO ó contido de determinados artigos do Código civil, sobre todo polas súas antinomias e contradicións internas, que non lle impediron consideralo coma "unha boa obra española".

³⁰ Santaolalla di que nunca se produciu no Congreso dos Deputados. Vid., *Dereito Parlamentario Español*, Ed. Espasa Universidad. 1990, páx. 276.

do A. García³¹) co exclusivo fin de que esta, no prazo dun mes, efectúe unha redacción harmónica que deixe a salvo os acordos do Pleno. O documento así redactado debe ser aprobado nunha votación de conxunto pola totalidade da Cámara.

Este mecanismo parlamentario que merecería unha valoración positiva pola preocupación que o autor do Regulamento tivo por unha correcta técnica normativa, atopa serias dificultades na súa aplicación práctica posto que os grupos parlamentarios da minoría acoden na súa argumentación fronte ó Executivo en numerosas ocasións a razoamentos de técnica normativa, de tal xeito que prefiren unha aprobación incongruente do texto legal (que poña de manifesto a presunta ineptitude do Goberno) e non unha remisión á Comisión do texto lexislativo. 

| ³¹ Vid., *Op. cit. supra*, páx. 265.



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA

Xornada sobre o Estatuto de autonomía de Galicia

EGAP, Santiago de Compostela, 21 de abril de 1997

Balseiro da
EGAP

José María Rebolledo Varela

O director da Escola Galega de Administración Pública (EGAP), **Domingo Bello Janeiro**, inaugurou o 21 de abril de 1997 unha "Xornada sobre o Estatuto de autonomía de Galicia", coa que esta institución pretende conmemorar os dezaseis anos de vixencia da norma institucional básica da Comunidade Autónoma, que foi promulgada o 6 de abril do ano 1981.

O profesor Bello Janeiro considerou practicamente culminado o proceso de desenvolvemento normativo das previsións legislativas contidas no Estatuto de autonomía, que se pechará proximamente coa aprobación da Lei de Administración local, que "constitúe un instrumento básico para a vertebración xurídico-administrativa da nosa Comunidade, que respecta e potencia a autonomía municipal e reforza a participación cidadá".

Tamén dixo que o “novo sistema de financiamento, baseado na corresponsabilidade fiscal con capacidade normativa clara, constitúe unha esixencia derivada da autonomía política e competencial pois só dispón de autonomía quen pode incidir fiscalmente sobre os seus cidadáns”, así Galicia incrementa, co novo sistema, a súa autonomía financeira dun 14,8 a un 39,3 por cento de recadación de recursos incondicionados.

O responsable da EGAP sinalou que o actual sistema de financiamento favorece a converxencia con Europa e o control do déficit, pois agora está máis garantida a neutralidade financeira e “terá un efecto moderador do endebedamento debido a que os entes territoriais terán que explica-lo nivel de recursos demandados ós seus cidadáns para xestionar los servicios que prestan”, o que constitúe un bo elemento de loita contra a fraude fiscal, debido á participación das comunidades autónomas na elaboración dos plans de inspección da Axencia Tributaria.

■ **Roberto L. Blanco Valdés**, catedrático de dereito constitucional da Universidade de Santiago de Compostela, desenvolveu o tema “A institucionalización da autonomía de Galicia: desenvolvemento estatutario e produción lexislativa”, nos seguintes termos:

A celebración do dezaseis aniversario da promulgación do Estatuto de autonomía para Galicia, acto producido o día 6 de abril de 1981, ten lugar cando está a piques de pechar a cuarta lexislatura do Parlamento galego, o que lle ofrece ó analista un período de tempo xa suficientemente extenso como para levar a cabo un balance significativo do proceso de desenvolvemento estatutario e do de produción lexislativa da Cámara autonómica.

Aínda que é certo que o labor executivo e o de produción regulamentaria dos sucesivos gobernos autonómicos contribuíu de forma decisiva ó asentamento da autonomía entre a cidadanía, ó convertela nun dato máis da realidade política, non é menos que, en todo caso, ese proceso referido de consolidación social das novas institucións autonómicas sería imposible sen a importantísima actividade lexislativa e de control do Parlamento, que permitiu que na actualidade fosen obxecto de desenvolvemento normativo a totalidade das previsións contidas para tal efecto na norma estatutaria e que posibilitou, ó mesmo tempo, que unha boa parte das materias que trala aprobación do estatuto pasaron a ser competencia da Comunidade Autónoma galega fosen obxecto xa de normación lexislativa.

Por iso, nun momento coma o presente, no que o futuro do

Estado autonómico español volve estar cruzado por luces e por sombras e volve ser obxecto de discusión nalgúns dos seus aspectos esenciais –coma o do financiamento ou o da eventual igualación dos teitos competenciais das distintas comunidades que conforman o sistema– parece oportuno levar a cabo unha reconsideración do realizado ata a data nos dous ámbitos centrais que se mencionaron, dalgunha maneira os indicadores esenciais do camiño percorrido ata o presente e do que, dun ou doutro modo, queda aínda por transitar.

Por imitación das leis orgánicas previstas no artigo 81 da Constitución española –aínda que cunha menor precisión na súa definición xurídica–, algunhas comunidades autónomas, entre as que se atopa a galega, procederon no seu día á creación dun tipo de normas que se diferencian das leis autonómicas ordinarias nas que o seu procedemento de elaboración presenta diversas particularidades con respecto ó previsto para aquelas e –nalgúns casos, coma o catalán– en que han de restrinxirse á regulación de determinadas materias previa e pechadamente enumeradas.

As leis de desenvolvemento básico do Estatuto de autonomía de Galicia non as preveu, no seu momento, a norma estatutaria, o que determinou que a súa creación e a delimitación dos seus perfís esenciais o realizase *ex novo* o Regulamento do Parlamento da Comunidade Autónoma. A norma regulamentaria parece definir, así, as leis de desenvolvemento básico pola combinación dun dobre criterio: un de natureza formal e outro de natureza material.

En relación co primeiro, son varias as peculiaridades procedementais establecidas legalmente. O artigo 126 do regulamento prevé, por un lado, unha posibilidade de iniciativa lexislativa conxunta: segundo el, a Mesa do Parlamento, de acordo coa Xunta de Portavoces, e logo da iniciativa de dous grupos parlamentarios ou dunha quinta parte dos deputados, pode decidir que a iniciativa parlamentaria a exerzan tódolos grupos parlamentarios. Establécese, ademais, por outro lado, unha maioría reforzada para a aprobación deste tipo de leis, pois, segundo o artigo 127 do Regulamento do Parlamento de Galicia, a devandita lei requirirá –de forma paralela ó que esixe para as leis orgánicas o artigo 81.2 da Constitución– o voto favorable da maioría absoluta dos membros da Cámara nunha votación final de totalidade.

A definición das leis de desenvolvemento básico complétase, finalmente, co establecemento de dúas prohibicións respecto disto: a de que non poderán ser obxecto de delegación lexisla-

tiva (segundo determina o artigo 50.3 da Lei 1/1982, reguladora da Xunta e do seu Presidente) e a de que con respecto a aquelas non cabe a delegación de competencia lexislativa plena en comisión para a aprobación de proxectos ou proposicións de lei (segundo dispón no artigo 132.1 do Regulamento do Parlamento varias veces referido).

Se a definición formal das leis de desenvolvemento básico non presenta, pois, problemas de maior envergadura, non acontece o mesmo, sen embargo, no relativo á súa definición material. E isto porque, como indica unha análise atenta da normativa reguladora desas leis, é realmente moi discutible que aquelas poidan ser caracterizadas no dereito autonómico galego sobre a base da súa natureza material.

Certamente, e a diferenza do que acontece, coas leis orgánicas, claramente delimitadas dende o punto de vista material –por máis que en moitos casos o alcance de tal definición puidese ser obxecto de interpretacións máis ou menos diferentes–, o ordenamento xurídico autonómico galego, rompe cun elemental principio de claridade xurídica, que si se recolleu nalgunha outra comunidade autónoma –como a catalana, por exemplo–, non define, en ningún momento, qué materias deben ser reguladas de acordo co procedemento especial establecido nos artigos 126 e 127 do Regulamento do Parlamento de Galicia.

Nin o Estatuto de autonomía para Galicia, que nin sequera as menciona, nin o Regulamento do Parlamento, e, tampouco, a Lei reguladora da Xunta e do seu Presidente, establecen, en ningún momento, a correspondente reserva de lei de desenvolvemento básico, co resultado final e paradoxal de que acabou por establecerse un procedemento especial para a regulación legal de determinadas materias, especialidade derivada da suposta transcendencia xurídico-política daquelas, sen que en ningunha parte se detalle o ámbito material ó que tal procedemento debe ser aplicado.

Se a normativa reguladora das leis ata agora mencionadas non soluciona os problemas presentados respecto da súa definición xurídica material, podería pensarse que a práctica parlamentaria desenvolvida ata a data puidese solucionar tal cuestión.

Non foi así. O Parlamento interpretou que non tódalas materias de natureza institucional, reservadas á lei, estatutariamente debían ser obxecto da correspondente lei de desenvolvemento básico. Aínda que unha interpretación en sentido diferente –favorable á identificación material entre lei de desenvolvemento básico e materias de natureza institucional reservadas á lei pola norma estatutaria– podería, incluso, derivarse das pre-

visións do artigo 50.3 da Lei reguladora da Xunta e do seu Presidente, precepto que utiliza como termos sinónimos os de "leis institucionais" e "leis de desenvolvemento básico", a verdade é que tal posibilidade interpretativa a contradí inmediatamente o feito de que algunhas desas materias de natureza institucional, estatutariamente reservadas á lei foi obxecto de regulación a través de lei ordinaria da Comunidade Autónoma e non de lei de desenvolvemento básico do Estatuto: así aconteceu, en efecto, coa lei de recoñecemento da galegidade, a do Fondo e Consello da Cultura Galega e a de Patrimonio da Comunidade Autónoma.

■ **José Luis Carro Fernández-Valmayor**, catedrático de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela, desenvolveu o tema "Competencias executivas autonómicas e supervisión estatal".

Toda a problemática referente ás competencias executivas das comunidades autónomas (tanto na súa vertente estritamente competencial como na simplemente orgánica) constitúe unha das cuestións capitais do noso Estado autonómico, a clarificación do cal debe contribuír de forma decisiva á determinación do modelo administrativo que o noso país queira outorgarse. Se a análise do sistema competencial autonómico preocupou, e ocupou constantemente a doutrina e a xurisprudencia dende o mesmo momento da posta en marcha do noso Estado das autonomías, quizais chegara o momento de incidir, con igual ou maior detemento, no aspecto administrativo daquel modelo, pois, en definitiva, do que se trata é de saber cómo vai ser administrado este país no futuro. Para iso cómpre ir clarificando en tódolos seus puntos, tanto competenciais coma orgánicos, a temática das competencias executivas autonómicas.

Nesta temática hai que partir necesariamente do feito de que o noso Texto constitucional non acolleu de forma expresa unha cláusula xeral de execución da lexislación do Estado por parte das comunidades autónomas do xeito que o fixo, pola contra, a Lei fundamental de Bonn.

Esta ausencia pode resultar explicable polo carácter de organización territorial aberta, baseada, esta, no principio dispositivo, que se previra inicialmente para a contida no título VIII do Texto constitucional. Sen embargo, dada a evolución posterior do noso Estado autonómico esta ausencia, se é explicable, e ata xustificable, en termos históricos, non o é xa tanto dende a perspectiva da realidade constitucional actual, caracterizada, como se sabe, pola xeneralización do fenómeno autonómico e

pola tendencia a unha igualación, sequera sexa esencial, na estrutura competencial das distintas comunidades autónomas.

Nas circunstancias actuais do noso Estado autonómico a formulación do problema da xeneralización da execución autonómica no debe, polo menos de entrada, atopar obstáculo insalvable no conciso dato da ausencia da previsión expresa dunha cláusula xeral que a nosa Constitución non podía conter no momento en que se promulgou. O problema, hoxe en día, é máis bien indagar se unha xeneralización da execución autonómica se pode obter a través dunha interpretación sistemática, e actual da nosa Constitución. Xeneralización que, doutro lado, viría esixida pola necesidade dunha racionalización da actividade administrativa nos distintos territorios autonómicos. O concepto de "Administración única" apunta precisamente nesta dirección.

O tema da xeneralización da execución autonómica lévanos, naturalmente, ó artigo 150-2º da Constitución. En efecto, a dita norma é susceptible de ser considerada, á vez, como cláusula de igualación competencial (mínima, dende a perspectiva da cláusula residual, ou máxima, utilizando en toda a súa virtualidade os conceptos de transferencia e de delegación) e como cláusula de variedade, ó permitir unha asignación diferenciada de competencias. Igualación e variedade, dúas posibilidades igualmente abertas, velaquí, en definitiva, a tensión que latexa no seo da norma do 150-2º e que está condicionando politicamente a súa aplicación.

Non parece que sexa obxectable a utilización do 150-2º para proceder a unha xeneralización básica da execución autonómica da lexislación estatal. Máis aínda, a dita xeneralización, coas excepcións que fosen necesarias (como as da execución estatal directa por razóns supracomunitarias ou por razóns de urxencia, tal como estableceu o noso Tribunal Constitucional), introduciría unha indubidable racionalidade no funcionamento do Estado autonómico, e consolidaríase así un definitivo modelo administrativo, do que, polo momento, carecemos, e que nos achegaría, polo demais, ó que hoxe é común no federalismo europeo.

Neste proceso de xeneralización das competencias executivas autonómicas poderíamos formularnos o problema de se a vía do artigo 150-2º é a única existente para acadar tal obxectivo ou se, polo contrario, poden existir tamén outras vías paralelas. Refírome, con isto, á posibilidade da utilización, no noso caso, da delegación intersubxectiva ordinaria que obviaría, por conseguinte, o recurso a unha lei orgánica, polo menos no su-

posto das competencias que aínda o Estado poida exercer en virtude da cláusula residual. Pois ben, non creo que sexa posible acudir a esta técnica da delegación ordinaria pola razón evidente de que non se atopa prevista na Constitución como medio de alteración competencial na relación Estado-comunidades autónomas. A Constitución, polo contrario, só preveu as técnicas do 150-2º como os únicos medios de alteración do sistema competencial (fóra naturalmente do suposto excepcional da harmonización prevista na súa alínea 3ª). Pode dicirse que no 150-2º existe unha especie de *numerus clausus* constitucional de técnicas para utilizar nos supostos de desprazamento competencial do Estado ás comunidades autónomas que fai imposible acudir para isto á vía da delegación ordinaria.

Por maior abastanza, o que parece derivarse do 150-2º é unha vontade de xeneralización global do desprazamento competencial, coas súas consecuencias de igualación e de homoxeneidade mínimas, e non unha dinámica de delegacións caso por caso, que se traduciría, na práctica, nunha situación de desigualdade entre comunidades autónomas. Doutro lado, a aceptación da delegación ordinaria como técnica alternativa ás previstas expresamente no 150-2º faría deste último unha norma en grande parte superflua.

Tampouco existe especial dificultade en rexeitar que a figura da encomenda de xestión poida servir como técnica de desprazamento competencial alternativa á prevista no 150-2º. Como xa o puxo de manifesto, no seu día, o profesor Fernández Farreres nun espléndido traballo, impediríao, nunha palabra, a propia natureza desta figura, limitada, como se sabe, a actividades de carácter material e á utilización simplemente instrumental do aparato organizativo doutra Administración. Podería xogar, iso si, e de acordo coa súa especial natureza, un papel provisional mentres non se producise o verdadeiro traspaso de competencias executivas, acompañado dos correspondentes medios persoais e reais, vía artigo 150-2º.

A afirmación da necesidade da xeneralización da execución autonómica enfróntanos ineludiblemente, co problema principal: o poder de supervisión sobre a execución autonómica da lexislación estatal. Poderíamos debater sobre o concepto e o alcance das competencias de execución das comunidades autónomas, pero ó final teríamos que enfrontarnos, necesaria e ineludiblemente, coa problemática da supervisión estatal. Problemática capital na medida en que contribúe a darlle sentido ó enteiro sistema da execución autonómica e que constitúe o necesario reverso da medalla da súa xeneralización.

No referente ó alcance do poder de supervisión deberíamos previamente formularnos, nun plano dogmático xeral, se o seu concepto esixe sempre, de maneira necesaria, a existencia de dúas fases no seu desenvolvemento, tal como Triepel o describiu na súa clásica monografía do ano 1917 (*Die Reichsaufsicht*) e nos recordou, entre nós, o profesor García de Enterría: unha primeira fase de información, comprobación ou observación (*Beobachtung*) e unha segunda fase de corrección ou de rectificación (*Berichtigung*) das irregularidades advertidas. Ou se, polo contrario, pode tamén falarse, tecnicamente, de supervisión en ausencia da segunda fase que, por conseguinte, non pertencería á esencia do seu concepto. Persoalmente non me parece discutible que todo poder de supervisión deba supo-la existencia dunha posibilidade, ben sexa mínima, de corrección do supervisado, sen que iso signifique, como xa nos lembrou a Sentencia 76/1983 (Loapa), coloca-las comunidades autónomas nunha situación de dependencia xerárquica respecto da Administración do Estado. Supervisión supón, pois, conceptualmente, posibilidade de corrección e o alcance desta corrección debe extraerse dunha minuciosa interpretación da Constitución, apoiada na xurisprudencia do Tribunal Constitucional. Neste sentido parece oportuno lembrar que a Sentencia 6/1982 xa advertiu que o sistema de controis na relación entre o Estado e as comunidades autónomas non se esgota nos que enuncia a Constitución, senón que ha de completarse con aqueles que se definen nos estatutos de autonomía e nas leis orgánicas. En fin, sexa como for, o certo é que a tarefa principal que se debería desenvolver sería a de analizar minuciosamente as posibilidades de corrección ou de rectificación da execución autonómica que o noso sistema competencial permite. E neste sentido parece que a figura do requirimento habería de ser incluída nesta segunda fase da supervisión como a súa manifestación máis patente e xeral (ou se se prefire tamén mínima), implícita no seu mesmo concepto, a salvo, claro está, daqueloutras formas de corrección que puidesen establecerse vía leis orgánicas do artigo 150-2º.

O segundo punto de reflexión, refírese ás posibilidades de admisión no noso sistema constitucional, dun poder xeral de supervisión en mans do Estado sobre a execución autonómica das súas normas en tódalas súas formas; admisión que tería que derivarse implicitamente do Texto constitucional, dada a ausencia que hai neste, como xa sabemos, dunha cláusula xeral expresa en tal sentido. Trataríase, pois, de saber se pode falarse dunha atribución constitucional implícita de tal poder que completaría a enumeración de controis do artigo 153 da Constitución.

Verbo disto convén lembra-lo dato significativo de que noutros sistemas constitucionais, polo menos orixinariamente, a existencia dun poder estatal de supervisión, perante a ausencia do seu recoñecemento expreso, foi aceptada de maneira implícita, sen excesivos problemas, a partir da elaboración interpretativa levada a cabo por doutrina e xurisprudencia fundamentada na natureza das cousas e, por conseguinte, no carácter inherente do dito poder estatal de supervisión.

■ **José Antonio Portero Molina**, catedrático de dereito político da Universidade da Coruña, desenvolveu o tema "Presente e futuro do desenvolvemento estatutario".

Nun Estado democrático centralizado, o principio democrático presídeo todo. É a orixe do poder, lexitímao e xustifica que tódolos seus órganos o exerzan. Este principio, constitucionalizado xa no artigo 1.1 e sobre todo no 1.2 da CE exprésase nunha serie de esixencias, a saber: por una parte a da igualdade dos seus cidadáns, tanto na súa dimensión individual como organizada. Entre outros, o artigo 14 constitucionaliza este dereito que no artigo 1.1 se entende como valor superior do noso ordenamento. Por outra, para produci-la vontade do Estado, e especialmente a lei, o principio democrático exprésase a través da regra das maiorías, que atopa os seus límites na propia Constitución, ben na súa lista de dereitos e liberdades, ben nos procedementos, ou nas regras de organización dos seus poderes.

Nun Estado unitario pero composto, determinados membros, xuridicamente definidos na súa natureza e competencias, e dentro dun ámbito territorial delimitado, responden ó principio de autonomía, que se expresa na garantía do recoñecemento da diversidade (art. 2 e tít. VIII da CE).

Entre ámbolos principios é imprescindible alcanza-lo equilibrio para que o Estado democrático e social, e composto de entes dotados de autonomía permaneza sen perder ningunha das notas esenciais, e, claro está, para que continúe como Estado (P. King).

Se ó principio democrático lle sacrificámo-lo principio da diversidade, porque facemos imposible a diferenza, entón o Estado da CE de 1978 desaparece nos termos nos que foi concibido. Se, polo contrario, prima en exceso a diversidade, convértese en privilexio e sacríficase o principio democrático, todo iso para mante-lo obxectivo da unidade estatal.

A realidade dos estados compostos puxo de manifesto as moitas formas de alcanzar e de manter ese equilibrio, e tamén,

por suposto de cómo se rompe e desaparece a autonomía ou a democracia ou o Estado. A tipoloxía de formas que ofrece a teoría xurídica do Estado é ampla, dende que a primeira desas formas apareceu, na era moderna, coa Constitución federal de USA no ano 1787.

Os nosos constituíntes apostaron polo equilibrio entre ámbolos principios para resolver un problema histórico e cheo dunha forte carga de conflictividade no mesmo momento da transición e do proceso constituínte. Despois, os parlamentarios estatuíntes continuaron desenvolvendo e concretando ese equilibrio na elaboración dos estatutos, e en fin, os gobernos, os parlamentos, o TC, e as forzas políticas continuaron cos seus esforzos por mantelo.

Nembargantes, e para non incorrer en retóricas que confunden máis que aclaran, cómpre puntualiza-lo seguinte: que o principio democrático, é dicir, a igualdade e a regra da maioría, foi o principal responsable de todo este positivo e transcendental cambio que, afortunadamente, leva camiño de converterse no período máis estable da nosa historia constitucional en xeral, como xa o é dende o punto de vista da nosa convivencia en democracia.

En efecto, os estados compostos nacen, principalmente, como consecuencia dun destes dous procesos opostos. Ou son o resultado dun proceso de achegamento e unificación, de federación, dende posicións inicialmente independentes e soberanas, ou son o resultado dun proceso de centrifugación, de descentralización, de federalización, que ten lugar a partir dun só Estado centralizado.

Evidentemente, este foi o noso caso. Un pobo, suxeito á soberanía, resultado da unión secular de individuos e culturas, de territorios, de leis, de costumes, de crenzas, etc., que exerce democraticamente o poder constituínte, dotouse dunha Constitución na que incorpora un modelo de estado composto, é dicir, un estado que se asenta no equilibrio entre a democracia e a autonomía. A CE non é o resultado dun pacto entre suxeitos xurídicos territoriais independentes que levan a iniciativa, senón que é o resultado de unir, democrática, humana, política, xurídica e culturalmente a vontade dun suxeito. É ese suxeito o que democraticamente se expresa politicamente nas eleccións constituíntes segundo as esixencias de igualdade (un home un voto), e mediante a regra das maiorías formaliza a súa vontade.

O resultado desa acción democrática foi o de que, cedendo na súa natureza e no seu poder, o pobo, inspirado no principio democrático decidiu acolle-la autonomía, a diferenza, como

principio estrutural do Estado democrático. Así é como aconteceron as cousas, non ó revés, isto é, os independentes sacrificaron parte da súa independencia a prol dunha unión democrática que os fixera máis poderosos e prósperos, como aconteceu no proceso do nacemento dos Estados Unidos. Por iso se as forzas políticas maioritarias, que o son gracias ó voto igual de cidadáns iguais, non o quixeran así, non chegaríamos a onde estamos.

E ¿como denominamos este modelo de Estado? O relator non ten ningún inconveniente en denominalo Estado federal, porque nel se dan moitos dos trazos propios destes modelos, porque non hai un só tipo de Estado federal, nese caso, evidentemente, España non sería un Estado federal, se o tipo escollido fose USA, ou Suíza, ou Canadá ou a RFA, por exemplo. Acontecería no caso de proceder así, que moitos estados que se auto-definen federais tampouco o serían, porque hai entre os estados federais moitas diferencias. (A Pergola).

Hai estados federais antigos e modernos; democráticos e autocráticos; desenvolvidos e subdesenvolvidos; con sistemas multipartidistas, bipartidistas ou cun só partido; occidentais e orientais; con diferencias raciais e relixiosas ou moi homoxéneos; presidencialistas e parlamentarios; con segundas cámaras elixidas polos cidadáns, polos parlamentos rexionais ou polos gobernos, ou de composición mixta; con moito ou con pouco protagonismo. E poderíamos seguir como se pode imaxinar facilmente.


O decisivo para asignarlle esa denominación a un estado non reside xa, na doutrina actual, na orixe da Federación (dende a independencia á unión); nin no que aconteza coa soberanía; nin en se se recoñece ou non a autodeterminación; nin na igualdade de competencias; nin na existencia dunha segunda cámara elixida polos estados membros e na que cada un deles mantén unha representación igual.

Á vista de tantos países, os estados federais dos cales presentan moitas diferencias, os estudiosos renunciaron á existencia dun único e ríxido concepto de Estado federal, e puxéronse a traballar para atopar unha serie de trazos comúns que consideran imprescindibles, dentro, iso si, dunha notable flexibilidade. Ese é o procedemento científico correcto: a teoría ha de explicala realidade, e adaptarse a ela, en lugar de manterse firme agardando a que a realidade se adapte á teoría. E iso por unha razón sinxela pero contundente. O importante é acadar un modo de facer convivi-la igualdade, a unidade, a democracia coa diferenza, nun marco de liberdade e de paz. Se iso se consegue

co modelo de USA, co de Canadá, co de Alemaña, co de Bélxica ou co da federación malaia, é unha cuestión distinta.

Por iso hai un acordo xeral en que un estado composto, federal, *cuasi* federal, federal asimétrico, etc., é aquel no que hai unha Constitución que reconece a existencia de dous niveis de poder, o da Federación e o dos membros, dotados ambos de capacidade lexislativa e de dirección política; unha Constitución que pola súa rixidez impide que a única vontade da Federación baleire de poder os membros; que estes teñan unha morea de competencias propias e capacidade financeira para desenvolve-las; unha segunda Cámara na que poidan facer oí-la súa voz e un órgano xurisdiccional, non político, que resolva os conflitos entre o poder central e os entes que forman o Estado. A partir desas propostas empeza a ser frecuente a inclusión de España no amplo e heteroxéneo grupo dos estados federais. En todo caso o seu real funcionamento non vai cambiar polo feito de que o denominemos Estado das autonomías, se é que a anterior denominación parece esaxerada, pero non se debe caer en debates nominalistas, tan inútiles pero tan queridos para aquelas forzas políticas que, con manifesta sinxeleza, cren ir máis lonxe que ninguén ó esixi-la reforma da Constitución para introduci-la forma federal de Estado. Se ademais se intenta introduci-lo dereito de autodeterminación, entón entraríamos xa totalmente no mundo do insólito, pero ademais, do perigoso.

Pois ben, denominacións á parte, os nosos constituíntes e despois tódolos demais suxeitos que veñen interpretando, dende posicións e funcións diferentes, a vida política e estatal, constitucionalizaron un Estado composto, a caracterización do cal como tal Estado composto se apoia nestes trazos. É un modelo asimétrico e é un modelo non pechado.

A reunión completouse coa programación dunha mesa redonda, coa participación de diversos xornalistas, e doutra mesa de debate, moderada polo rector da Universidade da Coruña, José Luis Meilán Gil, na que se expuxo o desenvolvemento estatutario nas comunidades de Cataluña, País Vasco e Andalucía e que contou coa intervención do director do Instituto Catalán de Estudos Autonómicos, Antoni Bayona, coa do secretario xeral para a Administración Pública de Andalucía, César López e coa do director do Instituto Vasco de Administración Pública, Josu Erkoreka. 

Xornadas sobre a responsabilidade patrimonial das administracións públicas

A Coruña, 22 e 23 de xullo de 1997

Avogado | José Ricardo Pardo Gato

Quixera comezar recordando as palabras do profesor Martín Rebollo cando sinalaba hai tempo que “a responsabilidade da Administración é un tema candente, é unha testemuña e desde logo ambivalente. Principio de orde da Administración, garantía dos cidadáns e control daquela”¹.

De acordo con tal apreciación, a responsabilidade patrimonial das administracións públicas, polos danos causados ós particulares no desenvolvemento das funcións e dos servicios que o ordenamento xurídico lles encomendou ós suxeitos públicos, segue sendo, nos nosos días, e en tódolos países do noso contorno cultural unha das institucións máis complexas, problemáticas e, asemade, suxestivas da ciencia xurídica. Pódese incluso afirmar que “a intrínseca problemática que dende as súas orixes caracterizou sempre o instituto resarcitorio manifesta os

¹ Vid., MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la Jurisprudencia*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

seus perfís máis acusados na súa aplicación actual ós entes públicos"².

Sen albergar ningún indicio de dúbida sobre o pacífico e xeral recoñecemento do deber do resarcimento que, o mesmo que sobre calquera outro suxeito xurídico, gravita sobre o Estado e os demais entes públicos, e que vén constituír unha esixencia do sometemento indiscriminado dos poderes públicos ó imperio do dereito, o modo como resulta entendido, cualificado e construído o dito deber resarcitorio segue sendo obxecto de polémica e confrontación, tanto en sede doutrinal como xurisprudencial.

A Escola Galega de Administración Pública, para contribuír con novas achegas á resolución de tal polémica, organizou, en colaboración co Ilustre Colexio Provincial de Avogados da Coruña, unhas "Xornadas sobre a responsabilidade patrimonial das administracións públicas", que tiveron lugar na cidade da Coruña, os días 22 e 23 de xullo de 1997, e que tiñan como obxectivo conseguir un mellor coñecemento sobre os principios determinantes da responsabilidade patrimonial dos entes públicos e das consecuencias dimanantes desta situación, como resultado do funcionamento normal ou anormal dos servizos públicos.

O tema obxecto de estudo suscitou unha enorme expectación e interese entre os funcionarios da Administración de xustiza e da Administración estatal, autonómica e local, profesionais do dereito, docentes universitarios, xuristas e outros interesados, o que se traduciu nunha forte demanda de solicitudes de inscrición que provocou o cambio de situación do recinto no que se desenvolveron, polo que finalmente tiveron lugar no Centro Fonseca e non no salón de actos do Ilustre Colexio Provincial de Avogados da Coruña, como nun principio estaba previsto. Malia este cambio, o local quedou pequeno para albergar a tanto interesado, o que demostra inequivocamente o éxito da convocatoria.

A coordinación das xornadas correu a cargo de **Domingo Bello Janeiro**, director da Escola Galega de Administración Pública, e a súa inauguración levouna a cabo o decano do Ilustre Colexio Provincial de Avogados da Coruña, **José Antonio Lois Fernández**, que centrou as súas palabras de salutación en destaca-la indubidable transcendencia e actualidade do tema, e manifestou que a responsabilidade patrimonial das administracións públicas está actualmente rexida, con carácter xeral, polos artigos 139 e seguintes da Lei 30/92, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento

² Vid., LEGUINA VILLA, J., *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Madrid, 1983.

administrativo común (en adelante, LRPAC). No preámbulo desta lei sinálase que se trata de responder ó pronunciamento constitucional de indemnización de tódalas lesións que os particulares sufran nos seus bens e dereitos como consecuencia do funcionamento dos servicios públicos.

Tras estas palabras inaugurais, o decano do Colexio Provincial de Avogados da Coruña procedeu a presenta-lo primeiro relator das xornadas e coordinador destas, Domingo Bello Janeiro, do que loou o seu currículo e a súa traxectoria profesional.

O profesor Bello Janeiro desenvolveu o tema titulado "A necesaria revisión do réxime da responsabilidade patrimonial das administracións públicas".

Despois de agradecer-la masiva asistencia de público e o interese suscitado polo tema, comezou a súa intervención indicando que, dende o punto de vista técnico-xurídico, resulta necesario revisar –sen culpa da Administración– o réxime legal e xudicial de responsabilidade patrimonial obxectivo, que é o máis "avanzado" no sentido de que é, dentro do panorama do dereito comparado, o que máis protexe ó administrado, e, por iso, o máis caro, ó resultar economicamente insoportable.

Segundo o relator, só debería responder a Administración polo defectuoso funcionamento dos servicios públicos e non cando o dano se produce no marco do funcionamento normal, como sucede en boa parte das sentencias na actualidade nas que, salvo casos de forza maior, se lle impón con carácter xeral e obxectivo, á Administración, a obriga de indemniza-lo dano sempre que sexa efectivo, avaliable economicamente e individualizado, e con independencia de que a lesión sexa consecuencia non só do funcionamento anormal senón tamén normal dos servicios públicos, e na marxe de que exista ou non falta de dilixencia ou de culpa.

O actual réxime de responsabilidade patrimonial da Administración constitúe un mecanismo de redistribución perversa da renda que, con indemnizacións multimillonarias, ameaza seriamente con arrastrar na súa caída, por ruína, o xusto e necesario Estado social de benestar.

Na opinión do profesor Bello, unha boa medida que coaduxe á mellora do réxime de responsabilidade sería unifica-la xurisdicción competente na vía civil. É notorio que pode encontrarse xurisprudencia sobre responsabilidade patrimonial das administracións públicas nas, hoxe, catro salas do noso Tribunal Supremo.

Tamén o é, que, nos últimos anos, se tratou de acabar con este estado de cousas, no sentido de converte-los tribunais do con-

tencioso-administrativo nos exclusivamente competentes naquela materia, como así se manifesta no proxecto de lei que recentemente aprobou o Goberno.

Este proxecto de lei de xurisdicción contencioso-administrativa permitirá adapta-la legalidade á realidade actual para garantir os dereitos dos cidadáns nas súas relacións coa Administración.

Na futura normativa amplíase o ámbito da xurisdicción contencioso-administrativa, e traspásanselle a esta xurisdicción tódalas competencias que necesita para entender da responsabilidade patrimonial da Administración, excepto as derivadas do delito, de forma que se evita a actual dispersión xurisprudencial, na que eran competentes as salas do contencioso pero tamén as do social, civil e penal, o que non favorecía a necesaria uniformidade.

Os dereitos dos cidadáns beneficianse das características deste texto ó derrogarse o concepto de acto político, polo que a partir da súa entrada en vigor, os tribunais poderán axuizar tódolos actos administrativos e, ademais poden decretar indemnizacións para os prexudicados, de modo que ningún acto quedará fóra do control do poder xudicial e a Administración someterase a dereito en tódalas actuacións que realiza na súa condición de poder público.

O profesor Bello Janeiro manifestou a súa confianza en que a nova lei sexa un paso máis cara á fundamentación de toda a actuación administrativa na realización dos dereitos fundamentais dos cidadáns e, en que contribúa á modernización do concepto de Administración así como a face-la xustiza menos custosa e máis rápida e próxima á sociedade.

Respecto disto, é urxente achega-la orde xudicial contencioso-administrativa ó cidadán, así como diminuí-la enorme carga de traballo que na actualidade soportan as salas dos tribunais superiores e do Tribunal Supremo, únicos órganos competentes nesta materia.

Entre a redución dos trámites que considera este texto, destacou a facultade dos xuíces para suspender os "recursos masivos" e para resolver con carácter preferente un ou varios, co que a sentenza do primeiro caso se lles poderá aplicar ós demais, e admítase tamén a posibilidade de chegar a un acordo mediante conciliación das partes.

No proxecto de lei adóptanse medidas para conseguilo pronto envío dos expedientes administrativos ó tribunal, consistentes en multas, e neste sentido o relator resaltou que a execución das sentencias, que ata agora depende da Administra-

ción, pasará a ser competencia exclusiva do xuíz que as decidiu.

Por último, prevese que os cidadáns deberán ser indemnizados fronte a calquera atraso na execución das sentencias ó seu favor cando estas obriguen ó pago dalgunha cantidade, de maneira que se transcorren máis de tres meses, recibirán o xuro legal do diñeiro sen teren que reclamálo.

En calquera caso, volvendo á necesaria unificación da xurisdicción, a modo de exemplo, o relator sinalou que o longo proceso de elaboración do novo Código penal considerou o intento de extrae-las cuestións de responsabilidade patrimonial das administracións públicas do coñecemento dos tribunais penais, se ben, tamén ese intento fracasou.

Así, o artigo 121 do xa vixente Código penal³ refírese só ós "delictos dolosos ou culposos", e non ás faltas, ás que si facían referencia as dúas versións anteriores do artigo, e, segundo o relator, non parece dubidoso que o pretendido polo lexislador con esa omisión sexa negarlles ós tribunais penais a competencia para pronunciárense sobre a responsabilidade civil da Administración cando fose só unha falta ou comisión realizada pola autoridade, axente, contratado ou funcionario público.

O profesor Bello Janeiro, que manifestou que nunca lle agradeu que o prexudicado elixise o sistema de libre elección de xurisdicción, moi criticable dende o punto de vista da uniformidade da xurisprudencia, defende de *lege ferenda* a instauración dun sistema de "unidade xurisdiccional a favor da xurisdicción civil" para a responsabilidade patrimonial das administracións públicas.

Por outra parte, a necesidade de tal reforma resultará aínda maior de consolidarse a doutrina establecida polo Tribunal Supremo⁴, segundo a que, a *vis atractiva* da xurisdicción civil sobre a pretensión indemnizatoria fronte á Administración pública codemandada cun suxeito privado só procederá cando se constate (*ex post*) que este foi efectivamente responsable do dano causado, e procederá en caso contrario a absolución da Administración na instancia, por falta de xurisdicción. Coa dita doutrina deixa de existir solución satisfactoria para os casos en que aparezan como potencialmente responsables dun dano unha Administración pública e un suxeito privado, mentres a xurisdicción contencioso-administrativa continúe sendo a competente para coñece-las cuestións de responsabilidade patrimonial das administracións públicas.

Recentemente produciuse un paso no que é, a xuízo do relator, a boa dirección: a oposta a aquela á que se orientaban os pasos examinados no proxecto de lei do Goberno.

³ Artigo 121 CP (LO 10/1995, do 23 de novembro, do Código penal): "O Estado, a Comunidade Autónoma, a provincia, a illa, o municipio e os demais entes públicos, segundo os casos, responden subsidiariamente dos danos causados polos penalmente responsables dos delitos dolosos ou culposos, cando estes sexan autoridade, axentes e contratados desta ou funcionarios públicos no exercicio dos seus cargos ou funcións sempre que a lesión sexa consecuencia directa do funcionamento dos servicios públicos que lles estivesen confiados, sen prexuízo da responsabilidade patrimonial derivada do funcionamento normal ou anormal dos ditos servicios, esixible conforme ás normas de procedementos administrativos, e sen que, en ningún caso, poida darse unha duplicidade indemnizatoria.

Se se esixise no proceso penal a responsabilidade civil da autoridade, de axentes e contratados desta ou funcionarios públicos, a pretensión deberá dirixirse simultaneamente contra a Administración ou ente público presuntamente responsable civil subsidiario".

⁴ SSTs do 3 de outubro de 1994 e do 31 de outubro de 1995.

De compara-las alíneas 3 e 4 do artigo 98 da Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas⁵ co parágrafo terceiro do artigo 134 do Regulamento xeral de contratación do Estado⁶ (expresamente derogado na letra b) da alínea 1 da disposición derogatoria da Lei de contratos), resulta que a competencia para coñecer as cuestións de responsabilidade dos concesionarios de servizos públicos e demais contratistas da Administración deixou xa de corresponderlles á Administración contratante e á xurisdicción contencioso-administrativa. O órgano de contratación xa non decidirá sobre tal responsabilidade, senón só se pronunciará, a voluntaria petición do terceiro prexudicado e sen efecto ningún para o concesionario u outro contratista, sobre a cál das partes lle corresponde a responsabilidade polos danos en cuestión. Para a nova lei, a acción de responsabilidade do prexudicado contra o concesionario é unha "acción civil"⁷ que ha de exercitarse perante os tribunais civís. Polo tanto, as teses que García de Enterría defendera no ano 1916⁸, quizais porque sempre foron as da Sala do Civil do Tribunal Supremo, terminaron por triunfar: concesionarios e demais contratistas da Administración responden segundo as normas do Código civil.

Así, a título recordatorio, o profesor Bello Janeiro indicou que nos dereitos alemán e italiano é a civil a xurisdicción competente en materia de responsabilidade extracontractual da Administración. E que así sucede tamén no idolatrado modelo francés, cando se trata de accidentes de circulación nos que se ve involucrado un vehículo público.

En canto á competencia dos tribunais penais, segundo o relator, vai sendo hora de aproveita-la promulgación da Lei 35/1995, do 11 de decembro, de axudas de asistencia ás vítimas de delitos violentos e contra a liberdade sexual, para formularse a conveniencia de extraer da xurisdicción criminal as cuestións de responsabilidade civil.

Por último, concluíu a súa intervención reiterando que resulta necesario revisa-lo réxime legal e xudicial de responsabilidade patrimonial obxectivo, sen culpa da Administración. Este réxime é o máis "avanzado", no sentido do máis protector do administrado, do panorama do dereito comparado e, por iso, o máis caro, o que resulta economicamente "insoportable" e non ten ningunha xustificación dogmática, dende o punto de vista técnico-xurídico, nin tampouco práctica, ó tratarse, en puridade, dunha responsabilidade civil extracontractual sen máis matices.

Salvo casos de forza maior, impónselle á Administración con carácter xeral e obxectivo a obriga de indemniza-lo dano sem-

⁵ Artigo 98.3 e 4 LCA: "3. Os terceiros poderán requirir previamente, dentro do ano seguinte á produción do feito, o órgano de contratación, para que este, oído o contratista, se pronuncie sobre a cál das partes contratantes lle corresponde a responsabilidade dos danos. O exercicio desta facultade interrompe o prazo de prescrición da acción civil.

⁴ A reclamación daqueles formularase, en todo caso, conforme ó procedemento establecido na lexislación aplicable en cada posto".

O art. 98 LCA derogou os artigos 121.2 e 123 LEF.

⁶ Artigo 134, parágrafo 3º RXCE: "As reclamacións dos terceiros presentaranse, en todo caso, dentro do prazo dun ano, perante o órgano de contratación que decidirá no acordo que dicte, oído o contratista, sobre a procedencia daquelas, a súa contía e a parte responsable. Contra o seu acordo poderá interpoñerse recurso perante a xurisdicción contencioso-administrativa".

⁷ O prazo de prescrición da acción de responsabilidade do prexudicado contra o concesionario interrompese polo exercicio da facultade de requirimento ó órgano de contratación.

⁸ Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956 (2ª ed. fac. 1984), páxs. 197, 202-203.

pre que sexa efectivo, avaliabile economicamente e individualizado, e con independencia de que a lesión sexa consecuencia non só do funcionamento anormal senón tamén normal dos servizos públicos, e na marxe de que exista ou non falta de dilixencia ou culpa.

Debido a un cambio no programa inicial das xornadas, e por causas alleas á vontade da organización e dos propios participantes, a segunda intervención correspondeulle a **José Luis de la Torre Nieto**, concelleiro do Consello Consultivo de Galicia, que realizou unha disertación sobre “A responsabilidade civil dos concesionarios e contratistas da Administración por danos causados a terceiros”.

En palabras do relator, trátase dunha cuestión fronteiriza, proclive a ser abordada dende diversos sectores do dereito, na que todos eles achegan conceptos, e na que se evidencia a confluencia de ideas de técnica, xustiza material, equidade e practicidade.

Os problemas que hoxe presenta a responsabilidade dos concesionarios e dos contratistas son para o interveniente substancialmente tres:

1. A cuestión de se a responsabilidade extracontractual dos empresarios dos servizos e das obras públicas é esixible de acordo coas regras da responsabilidade obxectiva ou se, polo contrario, a súa responsabilidade se acomoda á doutrina da culpa ou neglixencia prevista no Código civil.
2. Dilucidar se a imputación se lle debe facer á Administración ou ó contratista-concesionario, coa admisibilidade de fórmulas paliativas da responsabilidade subsidiaria daquela.
3. Determina-la xurisdicción que sexa competente para discernir os xuízos sobre esta materia.

A continuación, José Luis de la Torre resumiu na súa exposición a evolución legal e xurisprudencial sobre estes tres aspectos.

Durante a vixencia da Lei Santamaría de Paredes, de 1888, a “responsabilidade civil” considerábase en todo caso e respecto de todo tipo de suxeitos como unha cuestión de índole civil, atribuída á xurisdicción ordinaria, incluso cando a Administración fora a responsable por ser esta unha persoa xurídica, suxeito de dereito e de obrigas.

Así permaneceu a cuestión ata que na lexislación de réxime local da década dos cincuenta se consagrou a dobre xurisdicción para atender non á natureza da actividade senón á do dereito lesionado.

Maior importancia revestiu a aparición da Lei de expropiación forzosa, do 16 de decembro de 1954, que no seu artigo 128 estableceu a unidade de xurisdicción contencioso administrativa (XCA) cando a Administración estivese obrigada a indemnizar danos e perdas.

Paralela e simultaneamente, persistira a consideración de que as lesións patrimoniais producidas extracontractualmente a terceiros por contratistas de obras e concesionarios de servicios da Administración significaban un suposto máis de responsabilidade civil entre particulares, estrictamente sometido á aplicación dos artigos 1902 e seguintes do Código civil e atribuídos ó coñecemento dos tribunais civís, o que constituía unha cuestión absolutamente pacífica dende a promulgación do Código civil e baixo a vixencia da Lei Santamaría.

A Lei de expropiación forzosa alterou tamén esta situación ó establecer un réxime xurídico específico⁹ de responsabilidade dos concesionarios da Administración, que se estendeu tamén ós contratistas de obras¹⁰.

Por outra parte, a equiparación do réxime de contratistas de obras públicas cos concesionarios é evidente para o relator á vista da significativa adición, na reforma do Regulamento de contratos do 25 de novembro de 1975, dun novo parágrafo, o terceiro, o artigo 134¹¹.

⁹ Réxime xurídico substantivo e procesual.

¹⁰ Artigo 121 LEF: "Dará tamén lugar a indemnización, de acordo co mesmo procedemento, toda lesión que os particulares sufran nos bens e nos dereitos ós que esta lei se refire, sempre que aquela sexa consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servicios públicos, ou da adopción de medidas de carácter discrecional non fiscalizables en vía contenciosa, sen prexuízo das responsabilidades que a Administración poida esixirlles ós seus funcionarios con tal motivo.

Nos servicios públicos concedidos correrá a indemnización a cargo do concesionario salvo no caso de que o dano teña a súa orixe nalgunha cláusula que a Administración lle impón ó concesionario e que sexa de ineludible cumprimento para este".

Artigo 123 LEF: "Cando se trate de servicios concedidos, a reclamación dirixiráselle á Administración que outorgou a concesión, na forma prevista no parágrafo 2 do artigo 122, a cal resolverá tanto sobre a procedencia da indemnización como sobre quen debe pagala, de acordo co parágrafo 2 do artigo 121. Esta resolución deixará aberta a vía contencioso-administrativa, que poderá utilizarlo particular ou o concesionario, no seu caso".

¹¹ Artigo 134, Regulamento de contratos de 1975: "Será por conta do contratista indemnizar tódolos danos que se lles causen a terceiros como consecuencia das operacións que requira a execución das obras.

Cando tales prexuízos fosen ocasionais como consecuencia inmediata e directa dunha orde da Administración, será esta responsable dentro dos límites sinalados na Lei de réxime xurídico da Administración do Estado. Tamén será esta responsable dos danos que se causen a terceiros como consecuencia de vicios do proxecto.

As reclamacións dos terceiros presentaranse, en todo caso, no final dun ano, perante o órgano de contratación, que decidirá no acordo que dicte, oído o con-

tratista, sobre a procedencia de aquelas, a súa contía e a parte responsable. Contra o seu acordo poderá interpoñerse recurso perante a xurisdicción contencioso-administrativa".

O precepto suscitou certas dúbidas ó imputárselle ausencia de amparo lexislativo, pero acabou sendo revalidado por entendelo unha concreción da LEF e ante a identidade de razón para coa situación dos concesionarios de servicios.

En canto á determinación do suxeito responsable, Administración ou contratista-concesionario, este esquema estendeuse progresivamente no ordenamento administrativo¹². O sistema aplicable ós concesionarios viuse reafirmado polo artigo 72.3 do texto articulado da Lei de contratos do Estado de 1965, coincidente coa LEF.

Persistiu non obstante a formulación destas cuestións perante a xurisdicción civil, que coñecía acerca delas, acaso sen que se seguise o procedemento previsto na LEF, e na marxe incluso da LRXAE.

A realización da xustiza e a finalidade esencial do dereito e da sentenza como mecanismo de solución efectiva de conflitos, obrigou a xurisdicción ordinaria a sortear non poucos valos. A condena da Administración apoiábase no criterio da *vis atractiva* da xurisdicción ordinaria, e incluso na fuxida do *ius strictum* para evita-lo que se coñece como "peregrinaxe de xurisdiccións"¹³.

Esta praxe xurisdiccional adquiría o seu apoio no criterio dunha moi autorizada doutrina¹⁴, acerca das dúas cuestións en análise: a responsabilidade obxectiva ou por culpa ou negligencia dos concesionarios e contratistas e a xurisdicción competente, criterio que consistía en afirma-la aplicabilidade do Código civil e da xurisdicción ordinaria, por ser o contratista ou concesionario un suxeito privado e consistir a cuestión nunha relación extrapatrimonial *inter privados*, a reserva do suposto de exercicio por estes de poderes administrativos delegados.

Por outra parte, algo fallara na estabilidade do esquema da LEF e da LXCA, e produciuse un malentendido do seu respectivo teor sobre a unidade de xurisdicción, de maneira que se potenciaba a intervención da xurisdicción civil, polo feito determinante de que, contradictoriamente, a LRXAE de 1957 reintroduciu a dobre xurisdicción en materia de responsabilidade nos seus artigos 40 e 41.

De acordo co concelleiro, o feito constatado é que a xurisdicción civil, sen aplica-la LEF nin a Lei de réxime xurídico da Administración do Estado, se viu compelida polas circunstancias a alcanzar reiteradamente pronunciamentos acaso acordes coa equidade e a xustiza do caso, pero a poder do rigor técnico, que rebordaba a doutrina da culpa ou negligencia, a apreciación da cal se avivaba nas súas manifestacións de *in vi-*

¹² Artigos 128, Regulamento de servicios das CCLL de 1957 e artigo 19, Lei de autoestradas de 1972.

¹³ STS do 1 de xullo de 1986, na que a Administración era a única demandada, e que versaba sobre o mal funcionamento do servizo público por inundación de estrada.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.

gilando ou *in eligendo* para xustifica-la imputación á Administración como responsable única ou solidaria dos danos¹⁵.

Así, segundo a súa opinión, a atribución de responsabilidade á Administración, en rigor técnico, só debería facerse cando as normas específicas lle imponen a esta un específico deber de vixilancia ou control sobre a actuación dos particulares actuarios, deber que deberá aparecer vulnerado *ad casu*, trala análise obxectivo da verificación do efectivo quebrantamento dunha norma. Pola contra partiuse dun inexistente deber de absoluto control leviatánico por parte da Administración apoiado na suposta e apodíctica xeneralidade das medidas de policía, ou de control de actividades privadas regulamentadas ou sometidas a autorizacións.

A Administración deveu, malia iso e por definición, en coresponsable do incumprimento por privados de normas xurídicas¹⁶.

Seguidamente, De la Torre Nieto pasou a analiza-la polémica cuestión da imputación dos danos causados polo contratista ou polo concesionario, de maneira que se opoñía á opinión da responsabilidade sempre directa da Administración.

Esta interpretación sostena un sector da doutrina e tivo reflexo xurisprudencial na STS, en sede de XCA, do 9 de maio de 1989 (RA 4487), na que os concesionarios-contratistas non serían xa simples suxeitos privados, senón nada máis e nada menos que delegados en sentido estricto da Administración, que asume así, por definición, a responsabilidade indiferenciadamente sempre e en todo caso¹⁷.

Na opinión do relator, sen esquece-la concepción garantista desta institución, non é realista nin de xustiza a configuración dunha responsabilidade universal e ilimitada da Administración. Tal conclusión só sería congruente cunha Administración onnipotente que debería en onnipresente, a conta da sociedade civil, posto que se tiña que responder, sempre tendería a adopta-la decisión de asumi-la xestión totalmente.

Así a xurisprudencia corrixiu o criterio, e comeza pola Sentencia do 31 de xullo de 1989, da mesma sala CA, que establece a outra doutrina –anque declarase a responsabilidade directa dunha entidade local por mediar ordes expresas cominatorias dos actos do contratista–, doutrina esta da atribución de responsabilidade ó concesionario que se reconeceu reiteradamente¹⁸.

A doutrina maioritaria vese alterada cando a Administración incide en silencio con ocasión de resolve-lo expediente administrativo ó que aluden a LEF e o Regulamento de contratos,

¹⁵ SSTC 22 de novembro de 1985, 19 de decembro de 1987, 25 de outubro de 1989 e 20 de marzo de 1990.

¹⁶ A omisión ou mal funcionamento dos sinais de advertencia de perigo por realización de obras en estradas, abertas ó tráfico, que a Lei de seguridade vial e o seu Regulamento do 17 de xaneiro de 1992, artigo 140, lle imponen como deber ó contratista realizador daquelas.

¹⁷ Sentencias 28 de maio de 1980 (RA 2844) e 24 de outubro de 1984 (RA 6194).

¹⁸ Sentencia do 25 de xaneiro de 1992 (RA 1343), un sector de actividade privada regulamentada, o gas; exonera de responsabilidade o Estado e declara responsable dun accidente a entidade concesionaria.

Sentencia do 6 de outubro de 1994 (RA 7399).

evento no que segundo as sentencias do 29 de setembro de 1989 (RA 6683), 9 de maio de 1995 (RA 4210) e do 11 de xullo de 1995 (RA 5632) ha de presumirse que a Administración asume a súa responsabilidade, sen prexuízo do seu dereito a repetir, se procedese, fronte ó concesionario ou contratista.

Por outra parte, o Consello de Estado en diversos dictames, de entre os que é paradigma o do 12 de xullo de 1973 (exp. 38.603), foi do parecer de entender aplicables á responsabilidade de contratistas e concesionarios as regras da Lei de expropiación, as mesmas cás que rexen respecto da responsabilidade da Administración¹⁹.

A idea non é outra, segundo o relator, que a que no resarcimento dos danos producidos pola prestación de servizos públicos non pode introducir discriminación ningunha en relación coa posición do suxeito danado, que non ten por qué ver recortada a súa esfera patrimonialmente garantida fronte ós danos inferidos no marco do sector público, e que é a adoptada polo artigo 106.2 da Constitución, polo dato de que a xestión do servizo sexa directa ou indirecta.

Sinalaba o Consello de Estado que se ben o criterio do encadramento orgánico do axente produtor do dano dentro da esfera administrativa poderá ser coherentemente esgrimido para a determinación do suxeito responsable, non poderá selo para restrinxila cobertura indemnizatoria do particular lesionado, con remisión ás normas, menos garantistas, do dereito civil. Por canto que o dereito a ser indemnizado que asiste ó particular lesionado está configurado en termos substantivos polo artigo 121 da LEF, con independencia de que o servizo se xestione directa ou indirectamente, pois o contrario produciría evidentes e inadmisibles consecuencias discriminatorias para supostos obxectivamente idénticos.

Para o relator non era tan explícito que o artigo 121 LEF proclamase unha responsabilidade obxectiva; segundo a súa apreciación, acaso só cabe inducilo do seu esquema como consecuencia lóxica do sistema, pola maior garantía e a xenerosidade que implica este criterio e porque todo se apoia nunha decisión administrativa que habería de operar sobre idénticas bases.

De tódolos xeitos, ó teor de artigos tales como o 128 do RSCCLL e o 72.3 da Lei de contratos, ó proclamaren o deber de indemnizar os danos provocados por operacións que requiran o desenvolvemento do servizo, ofrecen un maior apoio sobre a tese propugnada²⁰.

O período ata o que se prolonga a responsabilidade do contratista parece que debía dilucidarse, segundo algúns autores, ó

¹⁹ Dictame n.º 45.276, do 17 de xuño de 1983, no que se confirma o criterio.

²⁰ Sentencias do 28 de maio de 1980 (RA 2844) e 18 de decembro de 1982 (RA 8028).

amparo dos artigos 171 do Regulamento de contratos e da cláusula 73 do Prego xeral de cláusulas administrativas xerais de 1970, que lle impoñen o deber de conservación e policía das obras, unha vez producida a recepción provisional e ata a recepción definitiva, e o de responder dos danos "na obra".

Na opinión do concelleiro, a conclusión é acertada, pero non polo apoio que ofrecen estes preceptos que se refiren a prexuízos "na obra" e non consecuentes a esta e inferidos a terceiros. O fundamento deviría dos efectos e da transcendencia que ofrece a recepción definitiva e do concepto de prestación de resultado que ten a execución de obra pública²¹.

Por outro lado, respecto da xurisdicción competente, a Lei 30/92 produciu a unificación, en sede CA, da competencia para coñecer das cuestións sobre responsabilidade das administracións.

A doutrina da *vis atractiva*, reiteradísima pola Sala 1ª do Tribunal Supremo, aceptouna o Tribunal de Conflictos de Xurisdicción²². Pero dúas recentes sentencias da Sala Primeira do Tribunal Supremo, do 3 de outubro de 1994 (RA 7443) e do 31 de outubro de 1995 (RA 7734), iniciaron unha nova formulación, para soste que a *vis atractiva* da xurisdicción civil fronte á Administración pública codemandada só procederá cando se constate que esta foi efectivamente corresponsable e que mediou solidariedade por procederen ámbalas responsabilidades do mesmo título, correspondendo en caso contrario procederá a absolución da Administración na instancia por falta de xurisdicción.

Non obstante, como resultado do réxime dos artigos 121 e 123 da LEF e 134 do Regulamento de contratos, os concesionarios e os contratistas víanse sometidos ó foro da XCA, e tamén aquí se deu con reiteración a práctica *contra legem* sobre a base de que os reclamantes prexudicados resolvían a cuestión en sede civil ó codemandaren o concesionario-contratista e a Administración, sen utilizaren o trámite da LEF, o que non era obxecto de reproche na vía civil.

A LRXPAC non variou o réxime do foro competencial de concesionarios e contratistas, se ben o Real decreto 429/93 que a desenvolveu contén dúas prevencións:

- a) Derrogou os artigos 133 a 138 do Regulamento LEF, e en particular o 138 que aludía a prexuízos en servicios concedidos.
- b) Prevén no seu artigo 1.3 a súa aplicación ós danos derivados da prestación ou execución de contratos cando sexa responsable a Administración.

²¹ Dictame do Consello de Estado n.º 321/93, do 13 de maio.

²² Sentencias do 21 de decembro de 1993, 21 de marzo (dúas sentencias), 4 de abril de 1994 e 22 de decembro de 1995.

Segundo o relator, o cambio pendular produciuse pretendidamente coa promulgación da Lei 13/95 de contratos das administracións. O seu artigo 98, aplicable a calquera tipo de contratos administrativos, derogou os artigos 121.2 e 123 LEF polo que ós contratistas e concesionarios se refire; xa non é tan claro, de acordo coa súa apreciación, que a alínea 3 viñese reformar substancialmente o sistema do artigo 134 do Regulamento xeral de contratación, que expresamente derroga.

No aspecto substantivo mantense a responsabilidade do contratista como regra xeral, salvo os supostos xa consolidados de ordes cominatorias ou de vicios do proxecto elaborados pola Administración.

Por outra parte, no caso de que a Administración aprobase ou asumise o proxecto, elaborado por un terceiro contratista distinto ó que executa a obra, será por conta deste a responsabilidade dos danos consecuentes por vicio do proxecto, e ulteriormente da Administración, nos termos do artigo 219 da LCAP.

Por último e como conclusión á súa exposición, para superalas dificultades e, deficiencias que ofrece o sistema ás que parece apuntar a LCAP, e en todo caso para poñerlle definitivamente fin ó deostado presente efecto da "peregrinaxe xurisdiccional", De la Torre Nieto manifestou que a solución máis adecuada radicaría en instaurar un sistema que, baseado no esquema substantivo de responsabilidade directa do concesionario-contratista, se desenvolvería nas seguintes fases:

- a) Petición á Administración polo prexudicado.
- b) Audiencia ó concesionario-contratista.
- c) Dictame do Consello de Estado ou órganos autonómicos equivalentes.
- d) Resolución administrativa, recorrible en vía contencioso-administrativa, sobre a procedencia (no si e no canto) da indemnización e sobre o suxeito responsable.
- e) Responsabilidade subsidiaria da Administración concedente en caso de xestión concedida de servicios públicos. Subsidiariedade non extensible ás execucións de obras en atención a que nestas non se establece, como no servicio público, unha relación estable e duradeira entre contratista e Administración.

Para o que resultaría necesario axustalo texto da recente LRXPAC e reelabora-lo artigo 2.d) do Proxecto de reforma da LXCA, insistindo na cada vez máis evidente transformación desta dende un proceso ó acto previo cara á súa consideración en proceso entre partes dirixido á tutela de dereitos e de intereses lexítimos.

Seguidamente, o director xeral da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia, **Javier Suárez García**, cunha reflexión en torno á “Responsabilidade do Estado lexislador”, púxolle fin á primeira xornada.

Comezou a súa intervención manifestando que se trata dun tema sobre o que se escribiu e se publicou moito, fundamentalmente no momento no que se estaba a elabora-la LRPAC e, o problema da responsabilidade do Estado lexislador estaba pouco definido na xurisprudencia do Tribunal Supremo. Non obstante, hoxe en día segue presentando cuestións de grande transcendencia.

Tradicionalmente, no dereito comparado e, sobre todo, en épocas pretéritas, negouse a posibilidade de que houbese unha responsabilidade derivada de danos ocasionados por actos lexislativos. Así, a tese no dereito comparado, e tamén en España, era claramente contraria á admisibilidade da responsabilidade do Estado lexislador. Foi a primeira postura defendida polo Consello de Estado francés, que se manifesta en antigos acordos, e tamén foi a postura inicial mantida pola xurisprudencia do Tribunal Supremo español, xurisprudencia preconstitucional²³.

A partir destas posturas iniciais, vanse abrindo pasos distintos supostos de responsabilidade patrimonial por actos do lexislativo, primeiro no dereito comparado, fundamentalmente en Alemaña e en Francia, e finalmente en España.

A primeira idea parte daqueles estados (ordenamento xurídico alemán) que estableceron mecanismos de control da constitucionalidade das leis, de tal modo que se formula que se unha lei non é antixurídica, normalmente non dará dereito a unha indemnización; pero no momento en que a lei non se acomode á Constitución e haxa un mecanismo xurídico para declara-la súa inconstitucionalidade, é posible que se provoquen prexuízos, concorra a nota da antixuridicidade do dano e, en consecuencia, se poidan aboar indemnizacións.

Esta idea plasmaríase en dous supostos característicos: por un lado, as leis que sexan materialmente expropiatorias e que non vaian acompañadas da correspondente indemnización, e, por outro lado, leis que anque non sexan materialmente expropiatorias, ben ocasionan elas mesmas prexuízos, ou ben dan lugar a actos de aplicación que os ocasionan, de tal modo que, se a lei é inconstitucional e resulta anulada, eses actos que imponen un sacrificio convértense en danos antixurídicos e xorde a posibilidade da reparación.

En canto ó tema das leis expropiatorias, están expresamente recoñecidas na Constitución alemana (artigo 14), e son tamén

²³ SSTs do 22 de maio de 1970, 11 de febreiro de 1971, 12 de novembro de 1971.

admitidas polo noso Tribunal Constitucional. O caso máis paradigmático é a expropiación do Grupo Rumasa; aquí xa o Tribunal Constitucional, na "Sentencia Rumasa 1"²⁴, sinalou que estas leis singulares son posibles sempre e cando existan circunstancias especiais que fagan que pasen o test de constitucionalidade dende o principio de igualdade.

Xunto a estes dous supostos característicos, tamén se foi abrindo paso un terceiro suposto que é sen dúbida ningunha o máis problemático. Consiste basicamente en que cando unha lei, conforme á Constitución, é dicir, perfectamente lícita, lles ocasione un sacrificio especialmente intenso a unha persoa ou a un grupo de persoas poida xurdir a posibilidade de resarcimento. Este suposto abordouno o Consello de Estado francés, que en diversas resolucións foi contradicindo a súa doutrina inicial e considerando que si era posible un resarcimento como consecuencia destes actos legislativos²⁵. A idea do Consello de Estado francés era que nestes casos se rompe o principio de igualdade dos cidadáns fronte ás cargas públicas e que podía xurdir unha obriga de indemnizar sempre que se cumprisen unha serie de requisitos:

- Que non se actuase en virtude dun interese xeral prevalente, como pode ser a protección da saúde.
- Que a lei non exclúa expresamente a indemnización.
- Que o prexuízo sexa un prexuízo de suficiente gravidade.
- Que as actividades prexudicadas non fosen repreensibles ou fraudulentas, como sucedía cunha Lei do 13 de abril de 1946 que ordenou o peche das casas de tolerancia, en termo certamente eufemístico.

Por outro lado, en Alemaña tamén se establece a posibilidade deste tipo de reparacións baseándose na idea da chamada alí "Teoría do sacrificio": pártese da necesidade de respectalo principio de igualdade e a xustiza distributiva e, en aplicación destes principios, considérase que cando unha lei acomodada á Constitución ocasiona determinados sacrificios pode xurdir-la obriga de indemnizar.

O suposto anterior é o máis problemático de cara á posible admisibilidade da responsabilidade do Estado lexislador. Así, pódense suscitar unha serie de problemas de certa importancia, sobre todo á vista desta admisibilidade das chamadas "leis singulares", que poden afectar a suxeitos determinados, e tamén polo feito de que é posible que os poderes públicos, precisamente para evitar ou para entorpece-la posibilidade de obter unha indemnización, blinden certas actuacións dándolle forma de lei, de tal modo que ante esta blindaxe un dos mecanismos

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.

²⁵ Acordos do Consello de Estado francés do 14 de xaneiro de 1938, 25 de xaneiro de 1963.

de reacción podería ser o de recoñecer de forma xenérica a responsabilidade do Estado lexislador (por exemplo, Lei de espazos protexidos).

Por último, na doutrina e no dereito comunitario tamén se vai abrindo paso outro suposto de responsabilidade do Estado lexislador que sería o derivado da inactividade do lexislador, especialmente no relativo á falta de transposición de directivas comunitarias ó ordenamento xurídico interno²⁶.

Respecto do esquema para abordar este tipo de responsabilidade, segundo o relator, en principio non formulan problemas as leis materialmente expropiatorias e as leis inconstitucionais que ocasionen prexuízos, en tal caso a admisibilidade da responsabilidade do Estado lexislador está comunmente admitida.

Maiores problemas formulan os danos derivados de leis constitucionais. Os preceptos da Constitución española que se poderían invocar en relación con esta problemática serían:

1º. O artigo 9.3, que establece o principio xeral de responsabilidade de tódolos poderes públicos e de interdicción da arbitrariedade.

2º. O artigo 33.3, que establece a garantía expropiatoria.

3º. O artigo 106.2, que recoñece o principio xenérico de responsabilidade patrimonial da Administración.

4º. O artigo 121, que regula a responsabilidade da Administración como consecuencia dos danos ocasionados pola Administración de Xustiza en supostos de erro xudicial ou de funcionamento anormal da dita Administración.

Na opinión do relator, a Constitución española, se pensamos no terceiro suposto aludido, non establece un principio xeral de responsabilidade como consecuencia dos actos lexislativos. Fronte ós intentos de certo sector doutrinal²⁷ de asentar un principio xeral de responsabilidade patrimonial no artigo 9.3, Suárez García mantén que esta formulación é notoriamente insuficiente. O artigo 9.3 establece un principio xeral de responsabilidade de tódolos poderes públicos, pero ese principio xeral de responsabilidade non prefigura nin qué tipo de responsabilidade hai que esixirlles a tódolos poderes públicos nin tampouco con qué intensidade ou por qué mecanismos hai que esixila. Cando se fala do principio de responsabilidade dos poderes públicos pódese estar facendo referencia a responsabilidades penais de cargos públicos, responsabilidades disciplinarias, responsabilidades políticas e tamén a responsabilidades patrimoniais; pero dicir que tódolos poderes públicos son responsables –entón tódolos poderes públicos responden patri-

²⁶ SSTXCE 19 de novembro de 1991, 16 de decembro de 1993.

²⁷ GARRIDO FALLA, F.

monialmente polos danos que ocasionen- é unha formulación que non ten fundamento suficiente no artigo 9.3. Por outro lado, hai que ter en conta que o propio artigo 9.3 cando concreta ese principio xeral de responsabilidade sobre sectores determinados faino con distinta intensidade: así, para os danos ocasionados polo funcionamento dos servizos públicos (artigo 106.2) establece unha responsabilidade obxectiva, sen embargo cando se refire ós danos ocasionados pola Administración de Xustiza esa responsabilidade ten perfís distintos, por supostos determinados por erro xudicial ou funcionamento anormal. Con isto cabe pensar que se non se estableceu expresamente a responsabilidade do lexislador pode ser porque o constituínte pensaba que con outros mecanismos de esixencia de responsabilidade sería suficiente, o que a xuízo do relator non hai razón para soste-lo é que o réxime de responsabilidade patrimonial da Administración poida pasar sen máis ós actos realizados polo lexislativo.

Neste esquema, cómpre ver tamén a regulación legal que se fai desta institución. Pois ben, o artigo 139.3 da LRPAC regula ou aborda por primeira vez no noso dereito o problema da responsabilidade das administracións públicas derivada de actos lexislativos²⁸. De acordo con este artigo, ante o silencio da lei o principio xeral producirase a non esixencia de responsabilidade como consecuencia de actos lexislativos de carácter non expropiatorio. Co que se pecha unha liña xurisprudencial que viña entendendo que ante o silencio da lei era posible que a xurisprudencia determinase se o cidadán tiña que soportar ou non ese dano e se cabía unha indemnización como consecuencia dese acto de natureza lexislativa.

Seguidamente, o relator detívose en explica-la evolución da xurisprudencia española en relación con esta materia.

O Tribunal Constitucional tivo ocasión de pronunciarse en relación con estes supostos como consecuencia dun caso típico, que deu lugar posteriormente no Tribunal Supremo a unha infinidade de sentencias, que é a anticipación da idade de xubilación dos funcionarios, fundamentalmente dos profesores de educación básica, no Decreto lei 17/1982, do 24 de setembro, na Lei de medidas urxentes para a reforma da función pública, e, posteriormente, na Lei 53/1984, do 26 de decembro, en relación coas incompatibilidades. O Tribunal Constitucional, respecto desta materia, pronunciouse en diversas sentencias²⁹ nas que a formulación fundamental leva o Alto Tribunal a considerar que o funcionario, se ben dende o momento en que ingresa ó servizo dunha Administración ten uns dereitos, e cita o "dereito

²⁸ Artigo 139.3 LRPAC: "As administracións públicas indemnizarán os particulares pola aplicación de actos lexislativos de natureza non expropiatoria de dereitos e que estes non teñan o deber xurídico de soportar, cando así se establezan nos propios actos lexislativos e nos termos que especifiquen os ditos actos".

²⁹ SSTC do 26 de xullo de 1986, 11 de xuño de 1987, 16 de xullo de 1987 e 19 de abril de 1988.

á xubilación" ou o "dereito ás situacións administrativas", considera que soamente terá que ir acompañada a lei da garantía expropiatoria máis típica, que é a indemnización, nos casos en que haxa unha privación deses dereitos, pero non nos supostos nos cales a privación recaía sobre simples expectativas ou o que se produza sexa non unha privación do dereito senón unha regulación, delimitación ou limitación³⁰. Nestes supostos entende o Tribunal Constitucional que non estamos perante unha operación de carácter expropiatorio e, en consecuencia, non é inconstitucional, a lei, pola vulneración do artigo 33 da Constitución Española. O que si di, nunha expresión un tanto enigmática que deu lugar a moitos procedementos posteriores, é que "este tipo de operacións poden merecer algún xénero de compensación porque realmente están ocasionando un prexuízo patrimonial". Este "merecer algún xénero de compensación" foi entendido por certos operadores xurídicos como que o Tribunal Constitucional estaba abrindo a vía para que posteriormente os tribunais ordinarios puidesen, pola vía da responsabilidade patrimonial, conceder indemnizacións, e por esta razón se formularon unha infinidade de reclamacións, primeiro en vía administrativa, e posteriormente perante o Tribunal Supremo.

Nun primeiro momento, o Tribunal Supremo, ante esta avalancha de reclamacións, realiza unha serie de consideracións xerais que parece que admiten a responsabilidade do Estado lexislador, é dicir, admiten a posibilidade de que, como consecuencia de que un acto lexislativo lle ocasione un prexuízo patrimonial a un cidadán, este poida obter unha indemnización; o Tribunal Supremo considera que neses supostos a solución contraria vulneraría certos principios constitucionais. Sen embargo, estas pretensións rexeitounas o Tribunal Constitucional baseándose nun argumento de carácter formal: a reclamación en vía administrativa non se dirixira contra o Consello de Ministros, que tiña que ser o órgano perante o que se formularon inicialmente este tipo de reclamacións.

A partir dunha célebre Sentencia do 30 de novembro de 1992, que é cando xa lle chega ó Tribunal Supremo unha petición de responsabilidade por actos do lexislador correctamente formulada perante o Consello de Ministros, aquí cambia de tercio e cando ten que decidir sobre o fondo di que non hai lugar para a responsabilidade por actos lexislativos, por entender que nestes supostos se non está expresamente prevista nunha norma con rango de lei ou nunha lei esa responsabilidade do Estado lexislador, prodúcese un baleiro legal que non pode colmala xurisprudencia.

³⁰ Regulación *ex novo* do contido do dereito.

Por último, a pesar de que se seguen formulando en moitas ocasións discursos acerca da posibilidade de que exista unha responsabilidade do Estado lexislador, Suárez García deixou constancia de que só tiña coñecemento dunha sentenza do Tribunal Supremo onde realmente se establecía ese principio de responsabilidade, e é a STS do 5 de marzo de 1993, que trata dunha reclamación formulada pola entidade "PESCANOVA, S.A." como consecuencia da supresión de certos beneficios fiscais sobre quiñóns de peixe exentos de arancel que se lles concedían ás importacións de peixe para aquelas empresas estranxeiras que estivesen participadas por empresas españolas. Aquí o Tribunal Supremo considera que esta posibilidade foi unha medida de fomento adoptada polo Goberno; que a constitución destas empresas tiña que someterse a unha autorización administrativa, e que así se fixo; e que, en atención a estes posibles beneficios, as empresas optaron por esa vía, e obtiveron importantes desembolsos. En consecuencia, no momento en que se anulan eses beneficios fiscais, como resultado da entrada de España na CEE e por aplicación do artigo 168 do Tratado de Roma, enténdese que se ocasionou unha privación ou unha lesión nun dereito ou nun interese lexítimo desas empresas e que cabería a posibilidade de esixir tales indemnizacións. Esta sentenza baséase no chamado "principio de confianza lexítima dos cidadáns", que desenvolveu o Consello de Estado francés e que tamén ten algunha manifestación en certas sentencias do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas e nalgunha doutrina do Consello de Estado.

Por todo iso, o relator concluíu e afirmou que as sentencias do Tribunal Constitucional non dan lugar a un recoñecemento da responsabilidade do Estado lexislador. Dá a impresión de que cando o Tribunal Constitucional enigmáticamente se refire a que cabería, por certos prexuizos, establecer algún tipo de compensación, se está dirixindo máis ó poder lexislativo que ó poder xudicial, o que está reclamando é que o poder lexislativo arbitre eses mecanismos de indemnización.

Na xurisprudencia do Tribunal Supremo tamén chama moito a atención que naqueles casos en que as argumentacións non serven para fundamentala resolución, é dicir, naqueles pronunciamentos das demandas, o Tribunal Supremo si di que cabe a responsabilidade do Estado lexislador, pero cando realmente ten que fundamentala resolución aplica unha doutrina máis restrictiva.

Ó rematar esta intervención abriuse un interesante coloquio, moderado polo director da EGAP, que contou coa participación

activa do público presente na sala, e no que se debateron asuntos e problemas de interese relativos ós relatorios expostos e ó tema obxecto de estudio. As preguntas que formularon os asistentes evidenciaron o alto nivel intelectual e xurídico do auditorio.

A xornada do día 23 iniciouna **José Guerrero Zaplana**, maxistrado especialista da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, cunha exposición sobre "A responsabilidade patrimonial da Administración no ámbito sanitario público".

Inicialmente formulou a orixe constitucional da materia obxecto da súa intervención.

A Constitución española de 1978 dedícalle dous parágrafos do artigo 43 a esta cuestión. No parágrafo primeiro recoñécese o dereito á protección da saúde. E no parágrafo segundo sinalase que lles compete ós poderes públicos organizar e tutela-la saúde pública a través de medidas preventivas e das prestacións e dos servicios necesarios; a lei establecerá os dereitos e os deberes de todos respecto disto.

De acordo co maxistrado, a combinación do dereito á saúde co pluralismo participativo esixe a creación dun sistema de saúde moderno e eficaz como compromiso fundamental dos poderes públicos. Nesta materia é importante a distribución de competencias entre o Estado e as comunidades autónomas; por iso, non debe esquecerse que o artigo 149.1 da mesma Constitución lle atribúe ó Estado competencia exclusiva en materia de bases e de coordinación da sanidade e lexislación sobre produtos farmaceuticos (alínea 16) e en materia de lexislación básica e réxime económico da Seguridade Social (alínea 17); todo iso sen prexuízo da participación das comunidades autónomas na execución dos servicios da Seguridade Social e da posibilidade de asumir competencias en materia de asistencia social, sanidade e hixiene que lle recoñecen os números 20 e 21 da alínea 1 do artigo 148.

Cuestión fundamental de toda organización sanitaria é a que se refire á determinación da responsabilidade patrimonial da Administración sanitaria como consecuencia da actuación dos profesionais da medicina. Neste punto Guerrero Zaplana manifestou que é esencial, por unha parte, a determinación dos dereitos dos pacientes, que deben estar protexidos polas normas que regulan o sistema de saúde, e por outra parte, a regulación da actuación dos profesionais que deben aplicar unhas técnicas cada vez máis avanzadas e que, precisamente para iso, deben contar cun marco normativo claro que lles permita toma-las súas

decisións no ámbito estrictamente médico, pero con perfecto coñecemento de cáles poidan ser as consecuencias xurídicas da dita toma de decisións.

Respecto dos requisitos da responsabilidade patrimonial en materia sanitaria, multitude de sentencias do Tribunal Supremo, cunha doutrina constante e mantida ó longo de moitos anos, establecen os requisitos que son básicos para que naza esta forma de responsabilidade. A Sentencia con data do 21 de novembro de 1995 (relator Sr. Peces Morate) cita outras moitas sentencias anteriores que son conformes na enumeración de tales requisitos³¹. En todas elas os requisitos básicos son os seguintes:

- a) A efectiva realidade dun dano ou dun prexuízo avaliable economicamente e individualizado en relación cunha persoa ou cun grupo de persoas, isto é, a lesión nos bens ou dereitos do cidadán.
- b) Que o dano sufrido sexa consecuencia do funcionamento normal ou anormal dos servizos públicos, nunha relación directa de causa a efecto, sen intervención estraña que puidese influír no nexo causal.
- c) Que non se producise por forza maior.

A continuación, o maxistrado referiuse particularmente a cada un dos requisitos mencionados.

O elemento que deu lugar a unha máis ampla xurisprudencia en materia de responsabilidade patrimonial no ámbito sanitario é a cuestión do nexo de causalidade e as circunstancias que o interrompen. Neste punto a xurisprudencia é unánime na consideración de que estamos ante unha forma de responsabilidade obxectiva³².

En todo caso, debe terse en conta que para que exista responsabilidade patrimonial é imprescindible que exista relación de causalidade entre o acto da Administración fronte á que se reclama e o dano sufrido, só sobre esta base se pode establecer un nexo de causalidade asentado na responsabilidade obxectiva³³.

Non obstante, o carácter obxectivo da responsabilidade non impide que existan supostos nos que se conclúe coa falta de acreditación da suficiente relación de causalidade, co efecto da conseguinte inesixencia de responsabilidade patrimonial³⁴.

Por outra parte, existen dous supostos de concorrencia de causas que son de especial relevancia dentro do ámbito da responsabilidade patrimonial en materia sanitaria: aqueles nos que intervén a conducta do paciente e aqueloutros nos que os danos ou a lesión resultan da utilización de material defectuoso.

Os casos nos que intervén a conducta do paciente deben distinguirse daqueloutros nos que o dano é o resultado da evolu-

³¹ Sentencias do 13 de marzo de 1989, 5 de outubro de 1993, 22 de febreiro de 1994 e do 22 de abril de 1994.

³² Sentencias do 22 de abril de 1994, STS do 3 de xuño de 1995 (que reproduce o dito noutras anteriores como as do 4 de xuño de 1994, 25 de febreiro de 1995 e a do 1 de abril de 1995).

³³ SSTs do 11 de maio de 1992, a do 6 de febreiro de 1996 (Ponente Sr. Tejada González), e a do 17 de xaneiro de 1997 (Ponente Sr. Sieira Míguez).

³⁴ STS do 8 de xullo de 1995.

ción natural da enfermidade sufrida polo usuario dos servizos sanitarios. Guerrero Zaplana referiuse ós supostos en que o dano ou a súa agravación son consecuencia da confluencia de dous feitos: a conduta do paciente e o acto médico. Nestes supostos, o paciente ten, entre tódalas súas obrigas, dúas que son as máis significativas: cumpri-lo tratamento médico e segui-las indicacións do facultativo así como o deber de responsabilizarse dun uso adecuado das prestacións ofrecidas polo sistema sanitario e da utilización correcta dos servizos e prestacións terapéuticas³⁵. Non obstante, a conduta do paciente, consistente en negarse a cumpri-lo tratamento prescrito polo médico, é perfectamente lécitima, anque a dita negativa debe afectar á relación de causalidade para o suposto de que se sufran danos como consecuencia da asistencia recibida. A solución desta clase de conflitos en que hai unha concorrencia de causas na produción de danos leva a aplica-lo principio de proporcionalidade entre a conduta da vítima e o resultado lesivo, co fin de modera-la obriga de indemnizar da Administración.

O outro suposto formulado polo relator de concorrencia de causas é o dos casos de utilización de instrumental defectuoso; o dano pode derivar do consumo dun medicamento en mal estado (sangue contaminado) ou do uso dun aparello defectuoso (cobaltoterapia ou raios láser en microcirurxía). Nestes supostos prodúcese unha concorrencia de causas: por unha parte, a Administración hospitalaria é a causante directa do dano ó subministra-lo medicamento ou ó emprega-lo aparello defectuoso; por outra parte, o causante mediato do dano é o fabricante do produto ou aparello defectuoso, pois, de estar en condicións, non se produciría o resultado lesivo. Hai que ter en conta que existe unha relación entre a Administración e o fabricante³⁶, pero non existe relación directa entre o subministrador e o paciente que sofre o dano. A Administración é autora material do dano pois, fai uso, por si mesma, do produto subministrado, sen embargo o razoable é que esa Administración repare o dano sen prexuízo de que, unha vez reparado, poida repetir contra o subministrador.

Respecto dos supostos de exclusión da relación de causalidade, a xurisprudencia, na liña de obxectiviza-la responsabilidade, considera supostos nos que rexeita a alegación da existencia de erro invencible ou forza maior³⁷.

Por outro lado, dende o momento en que se constitúe a institución da responsabilidade patrimonial sobre a base da responsabilidade obxectiva, o concepto de lesión patrimonial pasa a ser esencial e a constituírse na base do sistema. A dita lesión

³⁵ Artigo 11 da Lei xeral de saúde.

³⁶ Relación regulada pola Lei de contratos das administracións públicas.

³⁷ Sentencia do 16 de febreiro de 1996.

debe reunir unha condición fundamental: debe ser antixurídica, entendida non como que sexa contraria a dereito senón no sentido de que o suxeito que a sofre "non teña o deber xurídico de soportala". Ademais, debe terse en conta que calquera ben ou dereito pode ser obxecto de lesión indemnizable; así, a inicial limitación que estaba recollida no artigo 121 da Lei de expropiación forzosa³⁸ foi superada tanto polo establecido nos artigos 133 do Regulamento de expropiación forzosa e no 40.1 da Lei de réxime xurídico da Administración do Estado, como, sobre todo, polos artigos 106.2 da Constitución e o 139 da LRPC. Só se exclúen da consideración de danos, os eventuais ou simplemente posibles, é dicir, tódolos que non son seguros na súa produción; por tanto, só é indemnizable o dano que sexa real e non potencial, presente e non futuro, auténtico dano e non simple molestia, comprobable e non hipotético.

Dende o punto de vista da necesidade da indemnización e da cuantificación desta, distínguese entre danos persoais e morais:

■ Respecto dos danos persoais³⁹, os pronunciamentos xudiciais atenden á súa reparación baseándose en dous elementos: por un lado, gastos de hospitalización e asistencia ata a recuperación, e por outro, unha cantidade fixada discrecionalmente tendo en conta a idade, as cargas familiares, os ingresos profesionais, as expectativas de traballo do afectado, etc.

■ Respecto dos danos morais, a súa reparación é aceptada sen discusión. A xurisprudencia estableceu unhas notas xerais sobre esta clase de danos⁴⁰: en primeiro lugar, que o dano moral indemnizable non é a lesión dun dereito ou dun interese lexítimo patrimonial, senón que trae causa da lesión dun ben ou dun dereito integrado no ámbito das relacións afectivas familiares; en segundo lugar, que a súa existencia non precisa proba e que debe presumirse como certa; en terceiro lugar, que a súa cuantificación queda ó prudente arbitrio dos tribunais.

Por outra parte, respecto da xurisdicción competente para coñecer das reclamacións de responsabilidade patrimonial no ámbito sanitario, a primeira cuestión que hai que establecer para a súa determinación consiste, segundo o relator, en fixar cál será a lexislación aplicable a cada caso concreto, pois a modificación substancial operada dentro do ámbito administrativo pola LRPC supuxo un cambio no criterio anteriormente mantido. A xurisprudencia que emana das resolucións da sala de conflitos do Tribunal Supremo ensina que o dato fundamental para determinar a lexislación aplicable é o que se refire á data da presentación da reclamación de responsabilidade fronte

³⁸ Artigo 121 LEP: "... bens e dereitos ós que esta lei se refire...".

³⁹ Morte e lesións físicas ou psíquicas.

⁴⁰ SSTs do 15 de xullo de 1991 e do 20 de abril de 1992.

ó ente que considera, o particular reclamante, responsable dos danos sufridos pola defectuosa prestación e asistencia sanitaria.

Este criterio é o seguido no Auto número 14, do 27 de outubro de 1994⁴¹, que entende que é de aplicación a LXPAC ás reclamacións presentadas con posterioridade á entrada en vigor da lei; ó aplica-la disposición final, parágrafo segundo desta, resulta que a entrada en vigor se produciría ós tres meses da publicación no *BOE*, como a publicación se produciu o día 27 de novembro de 1992, entrou en vigor a partir do día 27 de febreiro de 1993. En consecuencia, a partir de entón, debe aplicarse o título X da antedita norma, que recolle a materia de responsabilidade das administracións públicas e das súas autoridades e demais persoal ó seu servicio, e dedícalle os artigos 139 e seguintes. Criterio este que comparte a disposición final única do R.D. 429/93, segundo o cal o regulamento que contén entraría en vigor, o día seguinte, ó da súa publicación no *BOE*.

En todo caso, para o coñecemento das cuestións relativas a peticións de indemnización por defectuosa asistencia sanitaria, os órganos xurisdiccionais competentes deben ser, na opinión de Guerrero Zaplana, os órganos da xurisdicción contencioso administrativa, que manteñan a competencia dos órganos da xurisdicción social para o coñecemento dos asuntos atribuídos polos artigos 9.5 LOPX e 2 LPL, dentro dos que están os de Seguridade Social, pero sen que, os discutidos nesta intervención, teñan a consideración de asuntos de Seguridade Social.

En calquera caso, e dado o criterio que resulta das últimas resolucións da sala cuarta do Tribunal Supremo, contrario a esta argumentación, o maxistrado rematou a súa intervención sinalando que quizais a solución final á "peregrinaxe xurisdiccional" non veña senón pola vía da creación dunha sala dentro do Tribunal Supremo que teña por misión unifica-los criterios das diversas salas e que o faga con resolucións de entidade e formato tales que permita sentar unha xurisprudencia consolidada⁴².

A continuación, **Dositeo Rodríguez Rodríguez**, conselleiro de Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia, presentou ó último relator das xornadas, **Ramón García-Malvar e Mariño**, fiscal-xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, que desenvolveu o tema titulado "A responsabilidade subsidiaria das administracións públicas á luz do novo Código penal".

Despois de dirixirlle unhas palabras de afecto e de gratitude ó conselleiro, iniciou o seu relatorio e fixo referencia á figura do ilustre xurista Eugenio Montero Ríos, como redactor da Lei

⁴¹ Reiterado nos autos de 1996 e 1997.

⁴² Esta é a solución achegada no voto particular á Sentencia da sala cuarta do 10 de xullo de 1995 e que despois reproduciron os autos da sala de conflitos coa data do 11 de decembro de 1995 (autos números 13 e 14).

orgánica do poder xudicial e do Código penal, ambos do ano 1870. Nese Código penal trazábanse as liñas mestras da responsabilidade penal, pero tamén as da responsabilidade civil; singularidade esta da nosa lexislación que se traduciu nunha gran sinxeleza e celeridade no desenvolvemento do proceso. Esas liñas mestras, que recollen tanto a responsabilidade directa como a responsabilidade subsidiaria, seguen manténdose na actualidade, aínda que con lixeiros retoques, no Código penal de 1995.

A partir da LRXPAC, sobre todo nos recursos de casación establecidos polas avogacías do Estado, ó declara-la responsabilidade civil do Estado, estas sempre alegaban que o artigo 22 do Código penal estaba derogado precisamente polas disposicións contidas nesa lei. Non obstante, tódalas sentencias do Tribunal Supremo, unanimemente, mantiñan a presenza e a vivencia do artigo, que declaraba a responsabilidade civil das entidades e dos organismos, entre os cales se encontraba incluído o Estado.

O proxecto de 1992⁴³ provocou que a Lei 30/92 tivese como un dos seus obxectivos subverter-lo sistema parello da xurisdición penal de levar consigo, non só a responsabilidade penal, senón tamén a civil.

A partir de 1992 predominou unha xurisprudencia que obriga os tribunais a que non se pronuncien en absoluto sobre as responsabilidades civís, unha vez establecido que estas responsabilidades se axustarán ó que diga o Tribunal de Contas, ou sexa, ó alcance marcado por ese Tribunal. Así, a Audiencia Provincial da Coruña conta xa cunha serie de pronunciamentos nos cales se recoñece precisamente a comisión dun delicto de malversación⁴⁴, pero non se fixa a cantidade porque xa se lle encomenda ó Tribunal de Contas o labor de determinar cál é o importe do alcance desa responsabilidade.

Na opinión do fiscal, parece moi adecuada esta medida, sobre todo cando a fiscalía en innumerables ocasións carece de peritos contables e se enfronta con materias que lle son totalmente alleas. É preferible, segundo as súas palabras, que o importe o sinale o Tribunal de Contas e non a propia fiscalía, porque, en xeral, todas estas materias necesitan peritos dos que a fiscalía aínda carece.

No ano 1992 obrigaba á non introducción no Código penal da materia das responsabilidades civís do Estado, e había que suxeitarse a todo o procedemento establecido na LRXPAC. Naquel momento toda a doutrina xurídica elaborada polo Tribunal Supremo en materia de responsabilidades víñase abaixo,

⁴³ Proxecto redactado case parelamente á LRXPAC.

⁴⁴ Suposto delicto no que desapareceron unha serie de fondos públicos.

ó establecerse un esquema totalmente distinto ó que se viña mantendo ata entón: no caso de responsabilidades do Estado ou das comunidades autónomas, municipios ou actividades desenvolvidas polo Estado, calquera que fose a súa faceta ou función, non podía pronunciarse sobre o problema das responsabilidades civís, e tiña que suxeitarse ó procedemento establecido na LRPAC, e a súa complementaria despois do ano 1993.

Pero contra este criterio levantouse toda a doutrina científica, e sobre todo o Consello Xeral do Poder Xudicial no seu dictame relativo ó proxecto de Código penal de 1992, para poñer de relevo que non estaba conforme con ese sistema e que tódalas grandes modificacións introducidas traen consigo unha grande inseguridade. Segundo o fiscal-xefe, é certo que estamos avanzando, pero estamos avanzando sobre un campo extraordinariamente movedizo, porque non temos seguridades. Aquela famosa lei aquiliana romana da culpa chegou ata nós e estive-mos manexando estes conceptos ata hai moi pouco, pero os avances técnicos, as modificacións introducidas, as novas formas de convivencia social, a maior seguridade e socialización, o feito de que o Estado teña que garanti-la saúde, e incluso todo o que establece a Constitución (artigo 106.2), obríganos a camiñar por un deserto, por un campo minado, cheo de incertezas. Así, en moitas ocasións, a fiscalía atendía requirimentos de inhibición á xurisdicción contencioso-administrativa formulados polos xulgados do social, porque estes pretendían coñecer sobre esta materia. E cada resolución da sala de conflitos do Tribunal Supremo, nos seus vaivéns, obrigaba á fiscalía a estar cambiando de criterio: algunhas veces opoñíase ó requirimento de inhibición dos xulgados do social cara ás salas do contencioso-administrativo, e outras veces, para segui-las directrices da sala de conflitos, decantábase pola posición contraria.

O sistema do ano noventa e dous obriga a que se reformule novamente o problema. Polo que o novo proxecto de Código penal, no ano 1994, pasa ás Cortes e abandona ese criterio. O sistema instaurado aparece regulado no artigo 121 do vixente Código penal⁴⁵.

Este artigo é o resultado precisamente de todo o debate parlamentario, non só no Congreso senón tamén no Senado: como a expresión utilizada no artigo era "delictos dolosos ou culposos", levantáronse a xeneralidade dos grupos políticos propugnando unha serie de emendas, porque, en xeral, todas estas responsabilidades están encaixadas dentro da figura da imprudencia. Sobre todo o grupo vasco, especialmente no Senado, foi o que máis protestou ó solicitar que tamén se incluísen as impruden-

⁴⁵ O artigo 121 CP, xa comentado na intervención do profesor Bello Janeiro (nota a pé de páxina n.º 1), vén exemplificar toda unha longa xurisprudencia que, polo xeral, situaba no derogado artigo 22 CP a responsabilidade civil subsidiaria do Estado e dos demais entes públicos.

cias, máxime se temos en conta que ata o 26 de maio de 1996 a imprudencia era unha figura xenérica que despois habería de encaixarse dentro do delicto doloso.


Sobre este problema, García-Malvar manifestou a súa crenza de que se chegou a un pacto final, posto que o artigo 121 só fai referencia expresa ós “delictos dolosos ou culposos”, con exclusión das faltas, o que orixinou un problema grave de inseguridade.

A Sentencia do 11 de xaneiro de 1997 (RA 112) decántase pola posición que afirma que o sistema é de aplicación tamén ás faltas e, polo tanto, a responsabilidade subsidiaria do Estado será xeral e aplicarase en tódalas circunstancias nas cales exista precisamente unha figura delictiva á cal se enfrente a xurisdición penal.

Pero o artigo 121 estipula unha dualidade, porque ademais establece que, independentemente do anterior, se terá que seguir o sistema establecido na LXPAC, a non ser naqueles casos nos que sexa necesario, para poder determinalo importe da indemnización, acudir previamente á xurisdición penal. O lexislador de 1995 só fai unha excepción no momento de dicirmos que se excluírá en todo caso a duplicidade de indemnizacións.

O fiscal-xefe concluíu a súa intervención e afirmou que esta nova andaina en vía penal, respecto da responsabilidade civil do Estado, na forma en que está concibida, necesitará co tempo serios retoques; de momento, segundo as súas palabras, xa nos encontramos co retoque das faltas, aínda se produce o problema da duplicidade relativo a que haberá que establecer e segui-lo procedemento administrativo establecido na LXPAC; pero, consagrado este principio, é co que temos que seguir camiñando.

Despois dun breve coloquio, suscitado polo tema obxecto deste último relatorio e que provocou o espertar de certas inquietudes entre os asistentes, o que demostra indubitablemente o interese da cuestión, o conselleiro da Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia deu por clausuradas as xornadas, non sen antes manifestarlle-lo seu agradecemento ó Ilustre Colexio Provincial de Avogados da Coruña e á Escola Galega de Administración Pública.

Así clausuráronse estas xornadas, cunha moi notable participación e presenza de público, o que motivou os relatores e organizadores para repetiren a experiencia uns meses despois. 

Curso de verán. Estado autonómico e autonomía local: o pacto local

Cambados, 5 e 6 de agosto de 1997

Avogado | José Ricardo Pardo Gato

Por réxime local entendeuse xeralmente un sistema de unidades territoriais cuns límites definidos, unha identidade legal e unha estrutura institucional, poderes e dereitos xerais, un estatuto especial e un grao de autonomía económica ou doutro tipo.

Hoxe debemos de partir do feito evidente de que os concellos e as deputacións constitúen institucións básicas na estruturación do Estado moderno, e é proba diso que os estados máis desenvolvidos son os que implantaron unha máis ampla autonomía local. De aí que a articulación do Estado democrático non poida considerarse completa se só se limita a abordar as relacións entre as comunidades autónomas e as instancias centrais, polo que resulta totalmente indispensable considerar tamén a inserción dos entes locais no sistema institucional.

No noso país, o debate sobre o réxime local desenvólvese en termos eminentemente pragmáticos, non filosóficos: trátase de ver cáles son os problemas técnicos que entraña a prestación dun servizo determinado; cá é o volume de poboación que se pode atender mediante un número dado de recursos materiais e persoais; qué novas demandas e realidades están descoidadas e cómo pode remediarse tal falta de atención. A necesidade de contar cunha Administración local non é meramente teórica, senón que deriva da perentoriedade de dispor dun medio eficaz de levar a cabo importantes servizos públicos que o poder central non podería nin pensar en proporcionar por si mesmo.

A normalización local en España é un proceso compartido polo Estado e polas comunidades autónomas, de acordo coas competencias atribuídas. Pero no caso destas últimas, a citada normalización tamén se enlaza coa posibilidade de xerar unha Administración autonómica indirecta; é dicir, a de lles delegar ou transferir funcións ás entidades locais e non só ás deputacións provinciais.

O denominado pacto local, na marxe da súa oportunidade política, pon de manifesto sobre todo dous aspectos consecuentes: primeiro, a heteroxeneidade territorial e demográfica sobre a que se asenta o Goberno e a Administración local; e segundo, a adecuación do principio de subsidiariedade que faculte de xeito efectivo o exercicio das competencias pertinentes. Deste xeito, as relacións entre os distintos niveis de mesogoberno nun Estado composto teñen que operar dentro dunha precisa institucionalización e, pola súa vez, con eficacia na articulación dos recursos dispoñibles públicos e privados en torno ás demandas das comunidades locais.

* * *

Como desenvolvemento ó polémico tema formulado, nos días 5 e 6 de agosto de 1997, organizado pola Escola Galega de Administración Pública, en colaboración co Excmo. Concello de Cambados e a Excmo. Deputación Provincial de Pontevedra, tivo lugar, no Auditorio da Casa do Concello de Cambados, un concorrido e interesante curso de verán sobre o "Estado Autonómico e autonomía local: o pacto local", que tiña por obxecto analizar e debater sobre a virtualidade do pacto local dende as súas distintas perspectivas constitucional, xurídico-administrativa, económico-financeira e funcional, así como suscita-la reflexión e o intercambio de opinións respecto do tema por parte das administracións central, autonómica e local, implicadas no dito pacto.

A coordinación do curso correu a cargo de **Pablo González Mariñas**, profesor titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela, quen ademais exerceu como un dos relatores e inaugurárono **Domingo Bello Janeiro**, director da Escola Galega de Administración Pública, e **Francisco Villar García-Moreno**, secretario de Estado para as administracións públicas.

O profesor Bello Janeiro, despois de dedicarlles unhas palabras de gratitude ós asistentes, destacou o interese espertado na opinión pública polo tema obxecto de estudio e manifestou que a aposta pola Administración local será unha das pautas de actuación da EGAP, porque as entidades locais son a Administración do futuro, ó estaren chamadas para desenvolveren un papel cada vez máis importante na vida dos cidadáns, posto que son os concellos os que se dedican a xestionar os servizos imprescindibles e están máis próximos ó cidadán.

Pola súa parte, Francisco Villar comezou felicitando a EGAP e o Concello de Cambados pola organización dun curso con tan ilustres relatores e sobre un tema de tanta transcendencia e actualidade no momento presente de desenvolvemento do Estado autonómico.

Xa na temática do curso, destacou o feito de que os concellos e as deputacións son institucións básicas na estruturación do Estado moderno, así é proba evidente disto que os estados máis desenvolvidos son os que implantaron unha máis ampla autonomía local. Por isto, a articulación do Estado democrático non pode considerarse completa se só se limita a abordar as relacións entre as comunidades autónomas e as instancias centrais, é indispensable considerar tamén a inserción dos entes locais no sistema institucional.

Segundo Francisco Villar, a Administración local conforma o terceiro nivel territorial da nosa estrutura de goberno e Administración, xunto co Estado e as comunidades autónomas, e como tal ten o seu recoñecemento no título VIII da Constitución.

As competencias que constitucionalmente se lles atribúen a estes entes son as necesarias para a xestión dos seus propios intereses, o que se traduce nun recoñecemento constitucional da súa responsabilidade na prestación de servizos públicos.

Polo tanto, as administracións públicas deben trasladarlle o protagonismo na xestión a quen debe telo, comunidades autónomas e corporacións locais, e reorientar a organización da Administración xeral do Estado ás novas funcións que lles toca desempeñar, sen que se produzan duplicidades nin solapamentos.

Para isto cómpre actuar nun dobre sentido, orgánico e funcional, sobre a Administración xeral do Estado para adecuala ó novo marco no que debe desenvolve-la súa actividade.

En concreto, esta adecuación do aparato estatal xa deu o seus primeiros pasos por mor do proceso de reestructuración da Administración central do Estado, realizado en agosto do ano pasado e, moi especialmente, coa aprobación da Lei de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado, a LOFAXE, e do Real decreto de integración dos servicios periféricos da Administración xeral do Estado, aprobado no último Consello de Ministros en desenvolvemento das previsións desta norma.

Este proceso vese complementado por outros proxectos lexislativos, algúns xa en trámite parlamentario, como a Lei do Goberno, e outros aínda en estudio, como a reforma da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, ou en fase de borrador de anteprojecto, como o Estatuto básico da función pública, cos que se opera unha reordenación global e en profundidade da estrutura e métodos de funcionamento da Administración xeral do Estado, inspirada polos principios de Administración única e de subsidiariedade na prestación dos servicios.

Este concepto de Administración única supón que a maior proximidade dos entes locais ós intereses cidadáns debe te-lo seu reflexo nunha descentralización de funcións naqueles, que ha de facerse desenvolvendo tódalas posibilidades de delegación de competencias estatais ou autonómicas no seu favor e, abordando, se cómpre, as reformas legais necesarias para alcanzar este obxectivo; e que require, ó mesmo tempo, da dotación dos medios económicos necesarios para poder levar a cabo estas funcións.

A demanda de lle dar un impulso ó ámbito da acción dos gobernos locais, para contribuír ó fortalecemento da organización territorial do Estado e dotar de novos mecanismos as corporacións locais, foi obxecto de estudio e de traballo conxunto entre os representantes da Administración do Estado e da Federación Española de Municipios e Provincias (FEMP).

A iniciativa levada a cabo na Asemblea Extraordinaria da FEMP, que tivo lugar a finais do ano 1993 na Coruña, definiu o obxectivo da consecución dun pacto local que clarificase o ámbito competencial da Administración local.

Así, con data do 24 de setembro de 1996, a Comisión Executiva da FEMP aprobou un documento denominado "Bases para el Pacto Local", no que se concretaban unha serie de materias

coas que se podería amplia-lo núcleo competencial dos entes locais.

De acordo con Francisco Villar, o Pacto Local haberá de respectar, en calquera caso, a vontade das comunidades autónomas e non invadi-las súas competencias. Serán os gobernos autonómicos os que terán a potestade de decidir se delegan ou lles transfiren ós concellos a execución dalgunhas das súas competencias. O obxectivo do Pacto Local debe ser reduci-la Administración, servir mellor os cidadáns e evitar duplicidades, pero serán os seus protagonistas os que terán que decidilo, para o cal contarán con todo o apoio que dende a Administración xeral do Estado poida dárselles.

Tras estas palabras de apertura, o primeiro relatorio do curso, titulado "Estado autonómico e autonomía local: Problemática xeral", desenvolveuno **José Luis Meilán Gil**, rector da Universidade da Coruña, nos termos que seguen:

Un primeiro elemento para reformula-la concepción do réxime local proporciona o dato formal da súa situación no Texto constitucional: aparece regulado no título VIII dedicado a "A organización territorial do Estado". Tal dato formal era inequívoco na anterior Lei orgánica do Estado: o título VII dedicábase á Administración do Estado e, o título VIII á Administración local. Non había dúbidas acerca da intención teórica do lexislador de separar ámbalas dúas administracións; outra cousa era que aquela diferenciación tivese transcendencia práctica.

A Constitución de 1978 é explícita polo que se refire ó lugar reservado nela para a regulación da Administración local; esta expresión aparece á fronte do capítulo segundo do título VIII, o capítulo primeiro do cal (Principios xerais) tamén a regula. Non existe no resto da Constitución un epígrafe dedicado literalmente á Administración do Estado, e isto deu lugar a interpretacións conducentes a seguir afirmando a unidade da Administración pública.

Non obstante, hai máis dunha Administración personificada cá Administración do Estado. Existe unha pluralidade de administracións públicas: a afirmación é clásica e aceptable na actualidade. O que a Constitución cambiou decisivamente é a relación entre elas e non parece aceptable a redución á unidade que un sector da doutrina española segue mantendo; porque a Administración do Estado e dos entes locais non responde ós mesmos principios.

A xurisprudencia do Tribunal Constitucional, recaída na materia, permite confirmar que os entes locais, de acordo coas previsións constitucionais, se encadran na organización do Estado

e máis concretamente no sistema de distribución de poderes. A correlación non se realiza entre Administración directa (do Estado), e indirecta (local), senón entre o titular da soberanía (o Estado), os da autonomía política (comunidades autónomas) e os da autonomía administrativa (entes locais).

Por outra parte, respecto da vertebración intracomunitaria, resulta evidente, de acordo co relator, a necesidade de introducir algún cambio nas estruturas tradicionais das administracións local e estatal, cando entre o nivel nacional e o local aparece a Comunidade Autónoma.

É tamén unha esixencia recoñecida polo Tribunal Constitucional, intérprete supremo da Constitución, ó referirse ó "límite constitucional desta reestructuración das autonomías locais"¹.

O punto de partida ha de vir proporcionado, en primeiro termo, polo bloque de constitucionalidade –Constitución e estatutos–. Do artigo 103 da CE pode deducirse a opción pola descentralización cando con iso se consiga que a Administración sexa máis eficaz.

En segundo termo, na actualidade, polo que dispón a Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local (LBRL), o seu artigo 2.1 concreta as determinacións do bloque de constitucionalidade segundo o cal a lexislación, tanto do Estado como das comunidades autónomas, ha de aseguralo de dereito de municipios e provincias a "intervir en cantos asuntos afecten directamente ó círculo dos seus intereses", para o que é necesario que se lles atribúan "as competencias que proceda en atención ás características da actividade pública de que se trate e á capacidade de xestión da entidade local, de conformidade cos principios de descentralización e de máxima proximidade da xestión administrativa ós cidadáns". Tampouco debe esquecerse como elemento normativo a Carta europea de autonomía local, asinada o 15 de outubro de 1985 e aprobada e ratificada o 20 de xaneiro de 1988². O seu artigo 4º.3 establece que "o exercicio das competencias públicas debe, de modo xeral, incumbirlles preferentemente ás autoridades máis próximas ós cidadáns".

Por último, segundo Meilán Gil, parece obvio que a reestructuración local sexa diferente en Cataluña e no País Vasco, onde respectivamente existe unha tradición anti e pro provincial, tamén en Castela ou Andalucía e, en Galicia; nesta existen máis da metade de tódolos núcleos de poboación de España cun fenómeno de asentamento disperso fronte ó concentrado daquelas comunidades autónomas.

Na sesión da tarde do día 5 interveu **Pablo González Mari-**

¹ STC do 28 de xullo de 1981.

² BOE do 24 de febreiro de 1989.

ñas, profesor titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela, quen disertou sobre a “Perspectiva constitucional e xurídico-administrativa do pacto local”.

Iniciou a súa intervención con dúas afirmacións previas. A primeira, que a problemática do “pacto local” non é un problema máis dos moitos que suscita a organización do Estado, senón unha oportunidade histórica de conseguila modernidade organizativa de España. A segunda, que en moitas ocasións o tema do “pacto local” se aborda sen captar toda a súa dimensión: o que está en xogo é a propia vida local, a participación, a proximidade democrática dos poderes públicos, valores todos eles superiores á xestión eficaz das competencias. O “pacto local” non é tanto unha cuestión de porcentaxes como tratar de devolverlles ós entes locais o seu grao de protagonismo, o seu rango político.

Seguidamente, o relator expuxo a secuencia histórica de cómo foi evoluíndo o proceso de organización no seo do Estado, poñendo o punto de inflexión nalgúns dos problemas existentes.

A Constitución definiu un sistema estrutural e competencial organizado en tres niveis territoriais: estatal, autonómico e local, e definiu as competencias estatais e autonómicas, pero incorren nunha grande vaguidade na determinación das competencias dos entes locais. Desde este punto de vista, a Constitución estableceu un sistema aberto e evolutivo, de progresivo desenvolvemento; de maneira que, por unha parte, previu transferencia do Estado ás comunidades autónomas, e abriu polo tanto un proceso de consecución gradual de maior autonomía por parte destas, e, por outra parte, definida a autonomía local, deixou a determinación precisa das competencias dos entes locais en mans do lexislador estatal e autonómico.

Así, abriuse un período de desenvolvemento, de axustes, competencial, organizativo e funcional, moi marcado pola tensión Estado-comunidades autónomas e polas escasísimas transferencia ós entes locais (concellos ou deputacións), tanto provenientes do Estado como das comunidades autónomas.

No ámbito lexislativo da Comunidade Autónoma nesta materia, hai unha nula vontade de transferencia ós concellos, e existe algunha sensibilidade maior respecto das transferencia ás provincias ou comarcas. Así, tódalas leis comunitarias optaron decididamente por un sistema organizativo autonómico centralizado. É dicir, non se regulan con xenerosidade as transferencia ós concellos e deputacións; pola contra, absórbense dende a Comunidade Autónoma materias que as deputacións viñan exercendo, historicamente, de xeito exclusivo.

En definitiva, todo este período determinou unha ausencia de atención e de protagonismo dos entes locais.

Cando se alude á necesidade de completa-lo progresivo deseño do novo Estado, coa secuencia Constitución-pactos e acordos autonómicos-pacto local, estase avogando por dota-lo sistema que deseña a Constitución, en canto ós poderes territoriais, de integridade, harmonía e funcionalidade de todo o sistema.

Probablemente, avanzado xa o proceso de consolidación do Estado autonómico, atopámonos nun novo marco onde as cousas son distintas. A tensión competencial Estado-comunidades autónomas xa non é tan radical, os procesos de transferencias ás comunidades autónomas están máis avanzados. Esa tensión competencial vaise producir de xeito moi especial coas comunidades autónomas, son estas as que en maior medida lles van ter que transferir e delegar competencias ós entes locais e exercer internamente a colaboración e a cooperación administrativa con tales entes.

Por outra parte, dende a Constitución ata o día de hoxe as corporacións locais realizaron unha grande tarefa, e satisfíxeron multitude de necesidades e de carencias que moitas veces non se atopaban nin sequera dentro do seu propio ámbito competencial, como, por exemplo, a universalización do ensino, temas de política de vivenda, saúde, etc.

A autonomía local é o mellor procedemento para responder ós problemas de cada comunidade, non existe ningunha institución coma os entes locais na que haxa unha transparencia máis grande no ámbito orzamentario e de gastos.

Por último, González Mariñas referiuse ós criterios que deberían rexer este proceso e, ás técnicas xurídicas que habería que poñer en práctica para levalo a cabo.

En primeiro lugar, a Administración local non é só Administración, polo tanto hai que posibilita-la elaboración de políticas propias por parte dos entes locais coa atribución propia de competencias.

En segundo lugar, esa asignación de competencias debe de efectuarse a título de propias, sen restriccións que minoren a efectividade da autonomía local.

En terceiro lugar, cómpre elimina-las tutelas que aínda someten a Administración local, xa sexa ás do Estado ou ás das comunidades autónomas.

En cuarto lugar, debería evitarse que os principios de cooperación e de colaboración interadministrativa devehían sistematicamente en convenios, porque isto podería encubrir novas tutelas.

E, en quinto lugar, non prever por vía pacto local ningunha competencia ou nova responsabilidade local que non veña acompañada dos medios económicos e financeiros suficientes para o seu eficaz desenvolvemento. Sen autonomía financeira non pode existir, obviamente, autonomía administrativa e política.

Jesús Palmou Lorenzo, conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, abriu a segunda xornada do curso de verán cun relatorio titulado "A Lei de Administración local de Galicia".

Comezou a súa exposición manifestando que foi un dos inspiradores da Lei 5/1997, do 22 de xullo de Administración local de Galicia, lei con máis de trescentos artigos, que elaborou, na súa totalidade, o persoal da Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, sen que interviñese ningún gabinete externo.

A distribución de competencias que sobre o réxime local contén a Constitución española realízase mediante un diferente protagonismo normativo do Estado e das comunidades autónomas, de tal xeito que lle atribúe ó Estado a determinación das bases de réxime local e ás comunidades autónomas o desenvolvemento normativo.

Así pois, establecidas as bases do réxime xurídico da Administración local pola Lei 7/1985, do 2 de abril, con base nos principios de autonomía e suficiencia financeira³, o campo normativo da Comunidade Autónoma de Galicia é o que se deduce dos artigos 27.2, 40, 2.3 e da disposición adicional 3ª do Estatuto de autonomía de Galicia, é dicir, regulación da organización territorial propia de Galicia, creación de agrupacións baseadas en feitos urbanísticos ou noutros de carácter internacional, alteración dos termos municipais, as funcións que sobre o réxime local lle corresponden á Comunidade Autónoma e a coordinación da actividade de certificacións provinciais en canto esta actividade afecte ó interese xeral da Comunidade Autónoma.

Dentro deste marco normativo e competencial, a Lei de Administración local de Galicia regula os datos de identidade de Galicia e a súa evolución histórica, o seu idioma propio, a Administración local, o seu territorio, a súa poboación, a organización propia, as competencias dos distintos entes, as relacións interadministrativas, actividades e contratacións das entidades locais e as facendas locais. É, polo tanto, unha regulación completa, que en parte reproduce o articulado da Lei de bases de réxime local.

A organización territorial constitúe un dos aspectos máis criticados durante o proceso de discusión desta lei no Parlamento

³ Principios que veñen propostos pola Constitución pero que ademais constitúen unha esencia do interese local.

de Galicia, crítica que se centrou en que a lei non regula o funcionamento e a estrutura das parroquias e que tampouco fai referencia ningunha á comarca.

Respecto da parroquia, o artigo 1.2 da lei establece que as parroquias rurais galegas terán a consideración de entidades locais territoriais e gozarán de autonomía para a xestión dos seus intereses patrimoniais, se ben no marco do que determine unha futura lei do Parlamento de Galicia. En consecuencia, a Lei de Administración local de Galicia dota a parroquia de personalidade xurídica e autonomía para administrar os seus intereses patrimoniais, facultades que terán que desenvolverse nesa futura lei específica.

Polo que se refire á comarca, en contra do que acontece coa parroquia, a lei non contén ningún artigo que a regule, fundamentalmente polas seguintes razóns:

En primeiro lugar, porque cando o Goberno galego elabora o Proxecto de lei de Administración local de Galicia xa existía unha lei, aprobada no Parlamento, de desenvolvemento comarcal de Galicia, unha lei na que a comarca se concibe como área territorial de actuación para a administración económica dos recursos, pero que non estaba dotada de personalidade xurídica.

En segundo lugar, na situación actual na que inciden sobre un mesmo territorio catro administracións distintas⁴, crear un novo ente administrativo que estaría interposto entre o concello, a deputación e a comunidade autónoma non parece o máis axeitado. A posible creación das comarcas como entes xurídico-administrativos ten que partir dun amplo proceso de racionalización das restantes administracións, o que loxicamente non é competencia da Comunidade Autónoma de Galicia e que, mesmo, incidiría nunha reforma constitucional.

En terceiro lugar, existen tamén razóns económicas. Segundo un estudio da Consellería da Presidencia, a implantación do réxime administrativo de comarcas en Galicia tería un custo superior ós cinco mil millóns de pesetas.

En cuarto lugar, a experiencia de Cataluña, que ata hoxe é a única comunidade autónoma que foi dotada cunha organización administrativa comarcal, non é todo o positiva que se esperaba.

En quinto lugar, Asturias promulgou unha lei de comarcalización no ano 1986 na que se formula a creación de comarcas de maneira voluntaria. Nembargantes, ata o día de hoxe ningún concello asturiano optou pola fórmula de crear unha Administración comarcal. Situación similar foi a acontecida en Aragón.

⁴ A Administración do Estado, a Administración da Comunidade Autónoma, a Administración provincial e a Administración do propio Concello.

Por estas razóns, segundo Palmou Lorenzo, non era conveniente dota-la comarca de personalidade xurídica e facer unha regulación dela na Lei de Administración local de Galicia; sen prexuízo de que, de acordo co que establece o artigo 40 do Estatuto de autonomía, se no seu día se producise esa racionalización administrativa, tamén se puidese, mediante unha lei, regula-la comarca e dota-la de personalidade xurídica.

Outro aspecto que o conselleiro salientou da lei foi o relativo ós procedementos de deslinde, segregación, fusión e incorporación de municipios. Neste sentido, a lei facilita a fusión e a agrupación de municipios e dificulta a segregación, como corresponde nunha comunidade autónoma con pequenos municipios e cunha forte dispersión de poboación. Así, créase a Comisión Galega de Delimitación Territorial e dispónse a elaboración dun mapa municipal de Galicia.

Outra novidade que introduce a lei, e que tamén foi obxecto de atención, é a regulación que no artigo 74, e coa rúbrica de "grupos políticos", se considera, a cal impide que un concelleiro adscrito a un grupo municipal ó inicio da lexislatura poida cambiar a outro grupo político durante o seu mandato.

En materia de competencias propias das administracións locais, a lei transcribe as que aparecen recollidas na Lei de bases, e inclúe dúas máis, en concreto, a da alínea a), execución de programas propios destinados á infancia, xuventude, muller e terceira idade, e a alínea e), participación na formación de activos e desempregados. Con estes dous novos apartados o que pretende a lei é outorgarlles unha maior dimensión social ás funcións e competencias dos concellos.

En canto a servizos mínimos, recóllense, en parte, os que figuran na Lei de bases, pero introdúcese unha novidade por canto se establece como servizo mínimo a recollida selectiva de lixo. No Plan de residuos sólidos-urbanos de Galicia prevese que a implantación da recollida selectiva en tódolos concellos debe facerse con cargo á Administración autonómica e, no seu caso, á Administración provincial.

Por outro lado, a lei regula réximes municipais especiais nos seus artigos 88 e seguintes, para os distintos concellos de Galicia, e clasifícaos en históricos, turísticos, industriais, rurais... Prevese, así mesmo, a posibilidade dun réxime especial para concellos de máis de 75.000 habitantes e un estatuto especial para a cidade de Santiago de Compostela como capital das institucións autonómicas.

Con respecto á regulación da provincia, as deputacións asumen a obriga de participaren na elaboración e xestión dos plans

de desenvolvemento comarcal. Estes plans, que elabora a Xunta de Galicia coa participación de deputacións e concellos, serán marco de referencia para a elaboración dos plans de cooperación de obras e servizos, e introducirán así un importante elemento de coordinación das distintas administracións en materia de planificación. Como mecanismos específicos de coordinación establece, por un lado, que os plans das deputacións en materia de cooperación económica coas entidades locais, calquera que sexa a súa denominación, se poñerán en coñecemento da Xunta de Galicia e da Comisión Galega de Cooperación Local antes da súa aprobación, e por outro lado, o artigo 112.2 establece que as administracións públicas imputadas procurarán a elaboración dun plan único no que se funden os investimentos públicos, plan que coordinará a Xunta de Galicia co apoio da Comisión Galega de Cooperación Local.

Así mesmo, tamén, na regulación das deputacións a lei tivo en conta a doutrina xurisprudencial sentada polo Tribunal Constitucional nas sentencias relativas ó recurso presentado contra o artigo 32 da Lei de bases e o presentado contra a Lei das deputacións catalanas, recursos ambos nos que o Tribunal Constitucional confirmou sen paliativo a autonomía das deputacións provinciais.

Por outra banda, a lei pon de manifesto expresamente que as leis sectoriais de acción pública poderán encomendarlle á Xunta de Galicia a coordinación da actividade dos entes locais por medio de plans sectoriais de coordinación.

Finalmente, a lei, que cumpre co mandato estatutario en materia de coordinación de deputacións, dispón a obriga de uni-los orzamentos das deputacións provinciais cos da Xunta de Galicia, así como a súa remisión ó Parlamento de Galicia e á Comisión Galega de Cooperación Local.

Como principios de actuación das administracións galegas nas súas relacións interadministrativas, na lei establécese a liberdade institucional respecto do exercicio das competencias que lles corresponden, a cooperación, colaboración e auxilio, que regulan os mecanismos para levalos a cabo.

Así mesmo, a lei fomenta o asociacionismo municipal como fórmula máis axeitada para que os concellos poidan satisfacer con maior eficacia, e dentro do principio de respecto á autonomía municipal, as necesidades e servizos que os cidadáns demandan e teñen a obriga de prestar.

A lei regula de maneira pormenorizada, e sen parangón con ningunha outra lei de réxime local, as mancomunidades de municipios, impulsa a creación de mancomunidades (art.

135) e obriga á Xunta de Galicia a prestar asistencia técnica e xurídica para a constitución e o funcionamento da mancomunidade.

En materia de asociacionismo e cooperación local, a lei tamén regula a figura dos consorcios locais, consorcios que as corporacións foron formando entre si, con outras entidades públicas, ou, mesmo, con entidades privadas, sempre que estas non teñan ánimo de lucro e persigan fins de interese público.

Polo que se refire á organización da Administración local, destaca o absoluto respecto á autonomía municipal, que proclama a potestade de autoorganización dos concellos dentro dos principios de eficacia, xestión, economía e participación cidadá.

Por último, Palmou Lorenzo referiuse de xeito expreso ó “pacto local” e, para responder ás voces críticas que versaban sobre a non regulación de tal pacto na Lei de Administración local de Galicia, manifestou que o “pacto local” non é unha cuestión de regulación lexislativa, senón que o “pacto local” é un acordo entre Administración do Estado-Administración autonómica-Administración local, a través do cal unha serie de competencias que actualmente lle veñen atribuídas á Administración do Estado e á Administración autonómica pasarán a ser desempeñadas polas administracións locais e, máis concretamente, polos concellos. Se isto é así, o “pacto local” non se pode regular nunha lei; en todo caso, a lei o que ten que establecer son os mecanismos que fagan posible ese pacto e que se poida levar a bo fin. Así, a lei de Administración local de Galicia regula dunha maneira exahustiva e completa tales mecanismos, sempre e cando se produza o referido acordo.

Como colofón a este interesantísimo curso, tivo lugar unha mesa redonda, da cal o tema obxecto de debate versou sobre “O estado actual dos traballos para a materialización do pacto local e a súa perspectiva futura. Visión do pacto desde Galicia”. A mesa, moderada polo director da Escola Galega de Administración Pública, contou coa opinión cualificada de ilustres participantes.

A primeira intervención correspondeulle a **Julio Álvarez Núñez**, presidente da FEGAMP, quen despois de realizar unhas reflexións iniciais, nas que afirmou que a autonomía da Administración local está amparada no artigo 140 da Constitución española e defendeu a soberanía local dende un punto de vista práctico amparada no artigo 103, sinalou que a Administración é eficaz cando se cumpren os tres requisitos seguintes:

1. Unha Administración próxima ó cidadán.
2. Control de gastos e custo económico *in situ*.

3. Participación do cidadán na vida social.

Se se cumpren estes requisitos a conclusión que se alcanzaría sería o aforro, dende un punto de vista económico, e unha mellor satisfacción das necesidades que se lles presenten ós cidadáns.

A Administración máis próxima ó cidadán é a Administración local, que posúe un soporte xurídico fundamental para recibir as necesarias competencias e para prestarlles servizos prácticos ós cidadáns: orde pública, medio ambiente, información ó cidadán.

Segundo Álvarez Núñez, debe fuxirse dunha Administración local que estea a mercé dos avatares políticos do goberno de quenda, o cal amosa unha certa reticencia á hora de ceder competencias. Isto débese ás seguintes razóns: certos axentes políticos temen perder a súa hexemonía, parécelles que perdendo control económico perden poder; falta de desenvolvemento da normativa sectorial; medo a que os pequenos municipios non sexan capaces de autogobernarse. De aí a necesidade do "pacto local", que ten como obxectivo deslindar as competencias dos distintos entes administrativos que forman parte do Estado. Neste sentido, os municipios son pequenos estados dentro das autonomías e por isto deben participar dos ingresos dos tributos das administracións autonómicas, conseguirase con iso que sexan máis áxiles, para contribuír a mellorar a calidade de vida dos cidadáns.

O seguinte en toma-la palabra foi Francisco Tomey, presidente da Deputación de Guadalaxara e vicepresidente da Federación Española de Municipios e Provincias, que se pronunciou nos seguintes termos:

Creamos un Estado apoiado en tres bases: un Estado central, descentralizado en dezasete comunidades autónomas e as corporacións locais.

Coa chegada da democracia xurdiron unha serie de demandas por parte dos cidadáns que levaron os municipios a asumiren maiores competencias e obrigas. Tales obrigas deron lugar a un maior déficit nos municipios, polo que non poden nin deben asumir maiores competencias das que sexan capaces de desenvolver.

A lei de facendas locais, as leis de acompañamento, leis de contratos das administracións públicas e a Lei de bases do réxime local non foron suficientes, polo que se fixo necesaria a organización e a realización dunha asemblea na Coruña para darlle vixencia e sacar adiante o "pacto local" e as reivindicacións dos cidadáns.

O marco global do “pacto local” está baseado fundamentalmente nos principios de eficiencia e eficacia, e pretende finalmente darlles rendibilidade ós gobernos locais. Para a súa consecución sería necesaria a intervención das federacións rexionais, así como unha reforma da Lei de facendas locais e das leis autonómicas.

Seguidamente, **José Manuel Piñeiro Amigo**, secretario da FEGAMP, co fin de afondar no que expuxeron os seus compañeiros de mesa, explicou que para centra-lo tema obxecto de debate hai que partir do artigo 142 da Constitución española, no que se establece que “as facendas locais deberán dispor de medios abondos para o desempeño das funcións que a lei lles atribúe ás corporacións respectivas e nutriranse fundamentalmente dos tributos propios e da participación nos do Estado e nos das comunidades autónomas”. Sen embargo, atopámonos con que os municipios asumiron competencias que non estaban previstas nas leis, de maneira que se lles presentaron problemas de financiamento, ó asumiren a prestación de servizos públicos que non lles correspondían.

De acordo con Piñeiro Amigo, hai que dar un paso máis e avanzar cara á redistribución de competencias; a Administración local non pode asumir competencias que non estean financiadas; a transferencia de competencias e a conseguinte prestación de servizos públicos que non lle corresponda por lei deben de estar pagados, posto que a transferencia dun concreto servizo público leva aparelada custos que deben estar o suficientemente financiados.

A seguinte intervención correu a cargo de **Teresa Carballeira**, profesora titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela, quen se detivo nas virtudes e nos aspectos negativos do “pacto local”.

Segundo a profesora, o “pacto local” supón as seguintes virtudes:

1. O movemento de emancipación dos entes locais.
2. O deslindamento de competencias. É de suma importancia que se redefina o ámbito competencial dos entes locais.
3. A vertente política do “pacto local” e a lexitimación dos entes locais perante o Tribunal Constitucional.

Pero o “pacto local” tamén suscita aspectos conflictivos:

1. En canto ó contido do “pacto local”, o “pacto” non só esixe descentralización e transferencia, senón tamén desconcentración funcional e institucional.
2. Trátase de ampara-la autonomía local dentro do “pacto

local", pero non debe de entenderse por autonomía o concepto de independencia.

3. O "pacto local" é un pacto de municipios, aínda que en liñas xerais se fala de entes locais. Nembargantes, séguese sen defini-lo papel da provincia e das deputacións provinciais.

4. No "pacto local" non se reivindicán os mecanismos de cooperación e de coordinación administrativa.

5. Dentro do ámbito político, no "pacto local" falta a configuración dun foro ou acordo político no que se realice a Administración local.

A continuación, **Roberto Luis Blanco Valdés**, catedrático de dereito constitucional da Universidade de Santiago de Compostela, tratou na súa intervención fundamentalmente dúas cuestións: en primeiro lugar, a necesidade de enmarcarlo no contexto político no que xorde o "pacto local"; en segundo lugar, fixo fincapé en aspectos concretos do pacto local.

No tocante á primeira, o "pacto local" encádrase no marco constitucional, na construción dun Estado democrático e autonómico que viña sendo aprazado en España durante os séculos XIX e XX, porque non había posibilidade de creala democracia sen unha descentralización política.

Cando se elabora a Constitución créanse tres niveis de poder: central, autonómico e local, coa particularidade de que é España o único país de Europa no que se parte dun Estado unitario para proceder á súa descentralización.

Respecto de aspectos concretos do "pacto local", o profesor Roberto Blanco realizou as seguintes consideracións:

a) O "pacto local" ten como elemento central a descentralización, aínda que en determinadas materias (urbanismo) presente problemas.

b) En canto ó aspecto financeiro, formula-la corresponsabilidade fiscal. Non só o Estado central debe se-lo único recadador se todos gastan.

c) En canto á relación entre as comunidades autónomas e os municipios, debe alcanzarse unha coordinación garantida, para non facer depender esta coordinación da vontade política de quenda.

d) En último lugar, elaborar un pacto que permita a redistribución de competencias.


Por último, despois dun intenso e ilustrativo coloquio aberto entre os participantes da mesa redonda e o público asistente á sala, **Dositeo Rodríguez Rodríguez**, conselleiro da Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia, proce-

deu á clausura oficial do curso, agradecendo e felicitando ó Excmo. Concello de Cambados, á Excmo. Deputación Provincial de Pontevedra e á Escola Galega de Administración Pública, na persoa do seu director, a organización e a realización do devandito curso.

O curso de verán "Estado autonómico e autonomía local: o Pacto Local" supuxo unha manifestación máis da EGAP na súa aposta decidida pola Administración local. Este curso enmárcase dentro do proceso global de realización e execución do Pacto Local e os traballos aquí comentados serven e servirán de referencia para a consecución final do mesmo.

As entidades locais constitúen a Administración do futuro, ó estaren chamadas para desenvolver un papel cada vez máis importante na vida dos cidadáns, posto que son as deputacións provinciais e, fundamentalmente, os concellos os que se dedican a xestionar os servizos imprescindibles e están máis próximos ó cidadán.

A delegación en mans dos entes locais de competencias, xa sexan do Estado como das comunidades autónomas, constitúen a clave de bóveda de toda a configuración da Administración única.

En conclusión, pódese afirmar que a tensión actual, que na esfera das administracións locais existe na España autonómica, se sitúa en torno á articulación do binomio comunidades autónomas-entidades locais, por un lado, e á integración das grandes cidades no espectro europeo, de acordo co artigo 3B do Tratado de Maastricht e o desenvolvemento do principio de subsidiariedade. 

A large, stylized graphic consisting of the letters 'B' and 'R' in a serif font, rendered in white against a purple rectangular background. The letters are positioned vertically, with 'B' on top and 'R' on the bottom. The 'B' and 'R' are partially overlaid by the text 'BIBLIOGRAFÍA' and 'E RECENSIONES' respectively.

BIBLIOGRAFÍA
E RECENSIONES

Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción

Eduardo Gamero Casado

Aranzadi Editorial, 1997

A regulación normativa do repartimento xurisdiccional en materia de responsabilidade administrativa sufriu considerables variacións ó longo dos anos, e especialmente, trala aprobación da Lei da xurisdicción contencioso-administrativa do ano 1956. Esta lei pretendeu unifica-la competencia xurisdiccional da responsabilidade administrativa, pero diversas circunstancias e consideracións provocaron a sucesión de excepcións á regra, e desembocaron finalmente nun réxime de distribución competencial que non sempre foi plasmado por xurisprudencias únicas nin por criterios claros en materia de repartimento.

Distintas ordes xurisdiccionais consideráronse competentes ó mesmo tempo para coñecer pretensións substancialmente iguais, e no seo dunha mesma orde xurisdiccional conviviron liñas xurisprudenciais distintas entre si, en relación coa competencia para saber dun mesmo asunto.

Coa promulgación da Lei 30/1992, tense o propósito de unifica-la competencia en beneficio da orde contencioso-administrativa. Sen embargo, a aplicación da lei rodéase dunha serie de circunstancias que acentúan as consecuencias que pretendían resolver.

En particular pódese cuestionar que a xurisdicción contencioso-administrativa resulte competente para coñecer acerca das reclamacións de responsabilidade patrimonial dirixidas contra as personificacións instrumentais das administracións públicas cando se exerzan potestades administrativas.

De igual forma, a Lei 30/1992, non especifica claramente qué réxime xurídico de repartimento debe aplicarse fronte a certos supostos que supoñen unha modificación da atribución competencial en beneficio da orde contencioso-administrativa.

Por outra parte, a Lei 13/1995, de contratos das administracións públicas, tamén presenta novidades en relación coa orde xurisdiccional competente para saber acerca das reclamacións por danos extracontractuais derivados da execución de contratos administrativos.

Finalmente, o novo Código penal, tamén, modifica o réxime anterior en relación coa responsabilidade extracontractual subsidiaria da Administración derivada de delitos cometidos por persoas que están ó seu cargo.

Trala entrada en vigor da Lei 30/1992, e en asuntos nos que xa se está aplicando, a xurisprudencia recaída perante outras ordes xurisdiccionais coma a civil e a social, seguen coñecendo e pronunciándose en materia de responsabilidade administrativa extracontractual.

Todas estas circunstancias fan necesario un estudio en profundidade da cuestión, que delimite a extensión competencial das distintas ordes xurisdiccionais en relación coa responsabilidade administrativa extracontractual.

Polo tanto, este traballo pretende analiza-la competencia xurisdiccional en relación co sistema de responsabilidade administrativa extracontractual. Unha primeira delimitación do estudio da obra, que nos presenta o autor, consiste en excluír dese, o réxime xurídico da responsabilidade patrimonial contractual da Administración, e abordar unicamente a responsabilidade patrimonial extracontractual.

O sistema de responsabilidade extracontractual que regulan as normas xurídico-administrativas aplícaselle á Administración, pero non só a ela; estas regras tamén presentan un réxime de responsabilidade referible a outros suxeitos diferentes, que aínda que non gozan de natureza xurídica de Administración pública, participan do exercicio de funcións públicas, como é o caso de: servicios públi-

cos, contratistas da Administración, funcionarios e axentes da Administración.

Por iso, a través do traballo ponse de manifesto que a responsabilidade administrativa extracontractual constitúe un réxime xurídico peculiar, distinto do civil, no que imperan os principios e as normas propias e xeralmente incorporado ó coñecemento dunha xurisdicción específica, concretamente a contencioso-administrativa.

Deste xeito, ó autor parécelle oportuno excluír neste tema, toda referencia á responsabilidade civil da Administración, pois entende que o sistema administrativo é distinto do civil, e atribuírle este termo pode inducir á confusión e aproximalo indebidamente a un réxime co que presenta diferencias moi salientables.

Unha característica do estudo é o extraordinario casuísmo que presenta, polo que se require unha exposición sistemática que determine o máis claramente posible a ónde debe acudir o xustizable para reclama-la correspondente indemnización, ante a ambigüidade normativa e a convivencia que presenta o noso ordenamento xurídico.

■ No CAPÍTULO I: *Os criterios de repartimento de xurisdicción en materia de responsabilidade administrativa extracontractual e as súas contradicións prácticas*, analízase se o ordenamento xurídico español se inclina por algún dos tres modelos de repartimento xurisdiccional en materia de responsabilidade administrativa que existen:

a) O baseado en criterios funcionalistas ou materiais, onde a cada orde xurisdiccional se lle asigna a competencia para saber sobre a responsabilidade extracontractual en relación cun determinado tipo de actividade, con independencia do suxeito, público ou privado, que se leve a cabo.

b) O baseado en criterios personalistas ou subxectivos, cada orde xurisdiccional sabe das pretensións de indemnización dirixidas contra un mesmo tipo de suxeitos públicos ou privados.

c) O modelo mixto, toma en consideración tanto o suxeito actuante como a función que desempeña, sexa pública ou privada, ou a materia da que se trate.

A análise amosará numerosos problemas que presenta a articulación dun sistema coherente de repartimento xurisdiccional en materia de responsabilidade da Administración, sobre todo tendo en conta que, tanto a xurisdicción civil, como a contencioso-administrativa, interpretaron xenerosamente os seus respectivos ámbitos competenciais, interferíndose ata o punto de non chegar a diferenciar cáles son os propios ámbitos de actuación que lle corresponden a cada orde.

Se lembramos que a especialización xudicial persegue impulsar que os asuntos os resolvan os maxistrados con coñecemento específico na materia, a consecuencia que se deduce desta apreciación parece clara: debe ser unha mesma orde xurisdiccional quen coñeza de tódolos supostos de responsabilidade administrativa, e esta orde xurisdiccional debe ser o contencioso-administrativo, por posuír un maior coñecemento sobre o tema.

■ *O ámbito competencial da orde xurisdiccional contencioso-administrativa*, é o título do CAPÍTULO II, nel coméntase que a tipoloxía institucional das administracións públicas é a pedra angular do dereito administrativo contemporáneo.

Por iso, é difícil abordar calquera estudio sobre o tema sen ter en conta esta cuestión previa ou incidental. Cada regulación substantiva do dereito administrativo é susceptible de presentar un ámbito de aplicación diferente, pois, pode abarcar a todos, a algúns, ou só a un dos diferentes tipos de administracións públicas que existen no noso ordenamento.

O réxime xurídico da responsabilidade administrativa non escapa desta problemática. E faise imprescindible coñecer previamente a qué réxime xurídico de responsabilidade se somete cada Administración pública: este réxime comporta un primeiro condicionamento do campo competencial de cada orde xurisdiccional en relación coa responsabilidade administrativa extracontractual.

A responsabilidade extracontractual da Administración é directa e maniféstase a través da actuación dos seus funcionarios ou axentes, por canto a Administración, como persoa xurídica, só actúa a través de persoas físicas, e os danos que provocan as persoas físicas dependentes dela son imputables á Administración.

En consecuencia, non cabe soste que a responsabilidade administrativa extracontractual se transforme en responsabilidade civil cando sexa consecuencia da conducta dun axente da Administración, a responsabilidade extracontractual desta, é distinta en todo caso, sen que a natureza poida pervertirse pola imputación do dano a un axente desta.

En referencia á responsabilidade extracontractual resultante da Lei de contratos das administracións públicas, debido á súa complexidade e polo ben de evitar unha peregrinaxe xurisdiccional gratuíta, o autor considera, que cando é a actividade dun suxeito privado a que materialmente lle produce o dano ó terceiro, a competencia xurisdiccional do asunto debe corresponderlle á orde civil, e interromperase o cómputo do prazo para o exercicio da acción en vía administrativa mediante a interposición deste recurso xurisdiccional.

■ No capítulo III: *O ámbito competencial das restantes ordes xurisdiccionais*, preséntase un estudio destes.

■ Competencia da orde xurisdiccional civil.

O dano extracontractual a un particular pode serlle inflixido:

- a) Polo persoal propio da Administración ou polos axentes desta.
- b) Polos concesionarios de servicios públicos e contratistas da Administración.
- c) Conxuntamente pola Administración e un particular non vinculado a ela mediante relacións de servicio público.

Nos tres casos pode existir responsabilidade extracontractual da Administración, tanto exclusiva ou recorrente. Aínda que de cada unha destas cuestións se debe tratar dunha maneira diferente, en todas elas se presenta un mesmo problema de fondo, que condiciona o repartimento de xurisdicción, a saber: o feito de que xunto á Administración, se recorre ademais contra un particular.

A orde xurisdiccional civil enténdese competente, xeralmente, para coñece-las reclamacións de responsabilidade extracontractual da Administración cando xunto a esta se recorre contra un particular, argumentando a súa *vis atractiva* que, segundo a orde civil, o habilita para saber dos procesos nos que se manifesta litisconsorcio pasivo entre a Administración e un particular en materia de responsabilidade extracontractual, incluso cando se trate de relacións de dereito público ou do desempeño de servicios públicos entendidos como funcións administrativas.

■ Competencia da orde xurisdiccional penal.

Non se aborda un estudio detallado do tema, por canto non constitúe unha manifestación da responsabilidade administrativa extracontractual, senón doutro réxime xurídico diferente.

■ Competencia xurisdiccional da orde social.

Á hora de valora-lo rendemento dos servicios públicos de saúde públicos pódese aceptar que sexa a orde social quen coñeza estas reclamacións, o seu desenvolvemento pode resultar específico en relación con outros servicios públicos, o que posibilita a súa adscrición a unha orde xurisdiccional distinta do contencioso-administrativo.

Sen embargo, para que así fose, o ordenamento xurídico debería confirma-la atribución competencial, pois do contrario, só cabe concluír que o legislador preferiu concederlle un tratamento unitario á materia, e confiarlla exclusivamente á orde contencioso-administrativa, de maneira que o conxunto da actividade pública sexa xulgada conforme a parámetros coherentes e homoxéneos de imputación. Máxime cando a doutrina sinalou que a oralidade e a simplicidade xeral do proceso laboral a fan inapropiada para pronunciarse sobre cuestións tecnicamente complexas e que precisan

dunha serena ponderación probatoria, como é o caso da responsabilidade pola mala praxe sanitaria.

■ *CAPÍTULO IV: Referencia ó repartimento de xurisdicción en materia de responsabilidade do Estado lexislador e polo funcionamento da Administración de xustiza.*

Trátanse, neste apartado, puntos que non constitúen en todo caso unha manifestación da responsabilidade da Administración pública. Representan máis ben unha consecuencia do principio xeral de responsabilidade dos poderes públicos, termo que inclúe tanto a Administración coma o poder lexislativo ou xudicial.

Non obstante, interesa coñecer cál é o tratamento normativo do repartimento xurisdiccional nestes casos, por canto a esixencia de responsabilidade dos poderes lexislativo e xudicial se realiza a través das administracións públicas, e son susceptibles de ulterior recurso xurisdiccional perante a xurisdicción contencioso-administrativa, todo o cal se enmarca no réxime xurídico da responsabilidade administrativa extracontractual.

■ O derradeiro capítulo fai referencia á *Valoración do sistema vixente de repartimento e alternativa a este.*

Para esclarece-la práctica que seguen os tribunais, efectúase unha síntese dos criterios que manexa a xurisprudencia, de maneira que os recorrentes poidan acceder con facilidade á orde xurisdiccional que mellor atende as súas pretensións en cada momento.

A primeira impresión que produce a aplicación práctica do repartimento xurisdiccional vixente en materia de responsabilidade administrativa extracontractual é que crea un grao considerable de inseguridade xurídica, que se manifesta na opacidade lexislativa das súas normas, así como na circunstancia de qué ordes xurisdiccionais distintas coñecen asuntos practicamente iguais aplicándolles réximes xurídicos diferentes.

Doutro lado, a repartición xurisdiccional en materia de responsabilidade da Administración presenta unha tensión evidente, provocada pola necesidade de combinar dúas necesidades distintas e incluso contrapostas, como son, primeiro, a de articular un sistema coherente de repartimento xurisdiccional, que sexa claro á hora de fixa-la orde xurisdiccional competente, e por outro lado, a de evitar que a propia dinámica do sistema atrase excesivamente o reintegro patrimonial do suxeito danado, en realidade, trátase aquí de preserva-lo principio de tutela xudicial efectiva.

Para resolve-la problemática derivada do repartimento de xurisdicción en materia de responsabilidade administrativa extracontractual, manexáronse propostas que postulan a unificación da competencia en beneficio da orde civil ou contencioso-administrativa.

O conxunto de circunstancias postas de manifesto ó longo de todo o estudio levado a cabo nesta obra, evidencia o extraordinario casuísmo presente na materia, o que recomenda establecer un repartimento estruturado das competencias xurisdiccionais, conforme ó seguinte modelo que propón o profesor Gamero Casado:


1. O principio que debe dirixi-lo repartimento xurisdiccional en materia de responsabilidade administrativa debe ser de carácter subxectivo: a orde xurisdiccional contencioso-administrativa tería coñecemento das reclamacións dirixidas contra as administracións públicas, e a orde civil, pola súa parte, das dirixidas contra os particulares.

2. O criterio anterior debe ser complementado con certos correctivos para evitar que se falsee o repartimento competencial, e permita ó mesmo tempo que a xurisdicción contencioso-administrativa coñeza asuntos nos que se dirime a responsabilidade administrativa extracontractual derivada da actividade de suxeitos privados.

As materias nas que deben introducirse estes correctivos deberían ser:

- a) O persoal da Administración.
- b) Contratistas da Administración.
- c) Concesionarios dos servizos públicos.
- d) Particulares que, ocasionalmente, incorran en responsabilidade concorrente coa Administración pública.
- e) Empresas públicas.
- f) Contratos privados de seguros subscritos pola Administración en materia de responsabilidade extracontractual.
- g) Responsabilidade derivada de delitos cometidos por axentes da Administración.
- h) Responsabilidade extracontractual derivada da malpraxe sanitaria en centros públicos de saúde.

Hai que subliñar finalmente que nas últimas páxinas do libro se presenta o texto base dunha posible reforma da Lei 30/1992, adoptado polo departamento de Dereito Administrativo e Internacional Público da Universidade de Sevilla nunhas recentes xornadas sobre esta materia.

Como última e xeral previsión, enténdese que unha reforma da Lei 30/1992 podería resolver moitos dos problemas presentes na responsabilidade administrativa, sobre todo, no tocante a garanti-la seguridade xurídica e o dereito á tutela xudicial efectiva. 

José María Rebollo Varela
Bolseiro da EGAP

La responsabilidad civil por daños al medio ambiente

Carlos De Miguel Perales

Editorial Civitas, 1997

O medio ambiente en xeral e a súa protección, en particular, é un tema que, actualmente, está de moda en tódolos medios de comunicación social, a diario nos advirten acerca da conveniencia de protexer determinadas especies, animais ou vexetais, en perigo de extinción, do labor de concienciación dos poderes públicos para a elaboración de proxectos tendentes á conservación de espazos naturais, e da idoneidade das campañas para mentaliza-los cidadáns no sentido de que a conservación do medio ambiente constitúe a garantía da súa propia subsistencia.

No noso Ordenamento Xurídico Civil hai xa tempo que existen normas de protección do medio ambiente, un exemplo constitúe o art. 1908 do CC, sen embargo, de poucos anos a esta parte ninguén pode negar que no noso país se sentiu a preocupación de protexer e defende-lo medio ambiente dende a perspectiva xurídica da responsabilidade civil extracontractual.

Nunha primeira aproximación podemos afirmar que, a protección do medio ambiente é maior nos países cun mellor nivel económico, mentres que nos máis pobres a protección ambiental ten un papel máis secundario ou carece del. Isto ten unha explicación lóxica, os países menos desenvolvidos centran a súa atención en cuestións que afectan máis inmediatamente á supervivencia dos cidadáns (palia-la fame, erradica-las enfermidades endémicas, etc.). En ocasións, tamén se prefire que se sitúe unha industria que vai verter residuos e contaminar un río ó longo do seu percorrido, se con iso se crean postos de traballo para a poboación asentada nas súas ribeiras.

A maioría dos países do noso contorno, posúan un sistema de dereito anglosaxón (Reino Unido) ou continental (Francia ou Italia), parten, á hora de regula-la responsabilidade civil por danos ó medio ambiente, dun réxime xeral de responsabilidade civil sub-activo, baseado en dous piares básicos: a culpa e a causa.

Tamén, o Código civil español no art. 1902 establece: " O que por acción ou omisión lle causa dano a outro, existindo culpa ou negligencia, está obrigado a repara-lo dano causado"; en vista deste precepto podemos afirmar que o primeiro elemento que compón a responsabilidade civil extracontractual é unha actividade voluntaria do home que, á vez, debe reunir dúas características esenciais sen as cales non existe responsabilidade: a primeira, que a actividade ten que xerar un dano e, en segundo lugar, que a actividade debe ser ilícita, isto é, contraria ó ordenamento xurídico.

Nos supostos de responsabilidade civil por danos ó medio ambiente, podemos atopar supostos de responsabilidade tanto en casos de acción (extracción de areas, vertedura nas rías, etc.) como de omisión, que serán aqueles casos nos que a responsabilidade se basea na ausencia da adopción de tódalas medidas necesarias para evita-la produción do dano.

Pero, o elemento esencial que compón a responsabilidade civil é o dano, é a verdadeira razón de ser desta, o que permite a súa existencia. Ata o punto de que a xurisprudencia do Tribunal Supremo esixe e, así se recolle en numerosas resolucións dictadas respecto disto, a certeza do dano efectivamente causado como elemento necesario para poder aprecia-la existencia de responsabilidade civil.

Cando falamos do dano ambiental estámonos refirindo ó dano certo, persoal e directo sufrido por un individuo determinado na súa persoa, como consecuencia da contaminación dalgún elemento ambiental, ou nos seus bens, en tanto estes formen parte do medio ambiente ou cando resulten danados como consecuencia da agresión ó ambiente.

A pesar de que o noso Código civil ó defini-la responsabilidade

por actos danosos a terceiros non menciona o carácter de ilicitude do acto, a diferenza doutros ordenamentos xurídicos coma o Código de Obrigas suízo, o Código civil italiano ou o BGB alemán, que si o inclúen de modo expreso. A doutrina en xeral, considerou que a antixuridicidade ou ilicitude é un requisito necesario para aprecia-la existencia de responsabilidade civil, xa que, dende un punto de vista xurídico se o feito é lícito é absurdo que a lei o castigue. É dicir, na consideración da responsabilidade civil por danos ó medio ambiente, o elemento do ilícito sempre debe estar presente, pois non é concibible que se imponha un deber de reparación dun dano se ese debe soportarse ou, se o dano ten xusta causa. Neste caso concreto a ilicitude xurdirá cando o acto sexa contrario á lei, ó costume ou ó principio *alterum non laedere*, principio este que nos casos de responsabilidade civil por danos ó medio ambiente goza de especial importancia.

Outro dos elementos esenciais da responsabilidade civil é a relación de causalidade, debe existir un vínculo entre a actividade despregada e o dano ocasionado de tal modo que poida afirmarse que o dano é consecuencia dunha determinada actividade. Cuestión distinta será a dificultade coa que, na práctica, se atopan os particulares que acoden ós tribunais de Xustiza para probar, precisamente, esa relación de causa a efecto entre a actividade desenvolvida por unha persoa e o concreto dano sufrido por outra.


Debemos matizar sen embargo que, cando falamos de responsabilidade civil por danos causados ó medio ambiente nos estamos referindo á responsabilidade de tipo obxectivo, que se caracteriza porque non ten en conta un elemento que na subxectiva é esencial para poder aprecia-la existencia de responsabilidade: a culpa. Pero que cando se trata de responsabilidade civil por danos ó medio ambiente, ó ter un carácter obxectivo, o que debe acreditarse é que os danos derivan daquelas actividades que supoñen un risco, fundamento da responsabilidade obxectiva.

De feito, a idea de risco adoita estar presente en moitas sentencias dictadas polo Tribunal Supremo como base da responsabilidade obxectiva. Así, un exemplo constitúeo a STS do 15 de febreiro de 1985 cando afirma que: "aquela parte que coa súa actividade ocasiona un risco está obrigada a acreditar que, en caso de concretarse aquel risco na produción dun dano, procedeu á adopción de cantas medidas foran racionalmente esixibles para previr tal dano".

Prodúcese así unha inversión da carga da proba no sentido de que lle corresponde ó demandado probar que actuou diligentemente. Mecanismo, o da inversión da proba, que pode resultar perigoso pois, levaríanos a afirmar que a simple existencia do dano é proba suficiente de que non se actuou coa dilixencia necesaria.

Non obstante, especial complexidade presenta, en materia de reparación dos danos causados ó medio ambiente, a valoración destes, ó existiren supostos nos que os danos seguen producíndose mentres está en curso o procedemento para a súa reclamación e a reparación; na maioría destes casos, non consiste nunha reparación *in natura* como sería o desexable, senón nunha indemnización en metálico.

Sen embargo, naqueles supostos nos que, a pesar de que o dano se produciu, non poida exercitarse a acción de responsabilidade, xorden como alternativa os fondos, que son institucións públicas, privadas ou mixtas, das cales a finalidade esencial é prove-las vítimas de danos ó medio ambiente dun dereito á reparación fronte ó propio fondo.

Finalmente, outro interesante aspecto do tema de responsabilidade civil por danos causados ó medio ambiente é o relativo á lexitimación activa, isto é, determinar qué persoas, asociacións ou órganos administrativos poden acudir ós tribunais da xurisdicción civil para esixi-la reparación dos danos causados, os problemas que se presentan e as posibles solucións que se arbitran. 

Ángeles Pérez Vega
Bolsreira da EGAP

El régimen de las garantías en la contratación administrativa

Ernesto García-Trevijano Garnica

Editorial Civitas, 1997

¹ PARADA, R., "El origen, desarrollo y situación actual de la contratación administrativa", conferencia pronunciada por PARADA, R., nas "Xornadas sobre a nova Lei de contratos das administracións públicas", organizadas polo Consorcio da Zona Franca de Vigo, Vigo, 17 de novembro de 1995.

A esencia dos contratos administrativos, como sinala Parada¹, encóntrase en que a Administración fai e desfai, á súa vontade, o que quere nese contrato, pero que o contratista, en todo caso, ten dereito a saír indemne economicamente. A cualificación administrativa dun contrato produce basicamente unha serie de efectos que poden sintetizarse na submisión a un réxime público ou administrativo, o que implica a aplicación dunhas fontes específicas, a atribución á Administración dunha serie de potestades exorbitantes e a atribución do coñecemento e resolución das cuestións litixiosas que poidan xurdir do contrato á xurisdicción contencioso administrativa.

Por iso estes contratos presentan unha serie de modificacións respecto dos contratos privados como son a tipicidade do contido, as particulares vantaxes para o contratista, unha maior limitación do lícito contractual e a existencia de "cláusulas exorbitantes" (a posibilidade de interpretar e resolver pola propia Administración as

dúbidas que ofrezca o seu cumprimento, o *ius variandi*, a posibilidade de producir efectos respecto de terceiros, etc.)

A figura do contrato tivo unha importancia esencial no desenvolvemento do dereito público. Así a Idade Media non se pode explicar sen o contrato, xa que o dereito público era un dereito pactado. Na época da monarquía absolutista cumpre, o contrato, dúas importantes funcións. Por un lado, utilízase como instrumento de xestión administrativa e política, e por outro, oponse ó principio monárquico do poder absoluto. Pero é no Estado liberal, como sinala Parada², cando se apaga a figura contractual e aparece o señorío do acto administrativo. Por último, neste século entra en crise o acto administrativo como figura central do dereito administrativo, e é desprazado polo contrato administrativo, xa que o Estado busca unha maior lexitimidade nas súas decisións e acode, por iso, á figura contractual. A orixe desta figura do contrato administrativo ten a súa razón histórica na existencia da xustiza administrativa, é unha consecuencia da xurisdicción. Como afirma García de Enterría "la distinción de contratos administrativos-contratos privados comienza siendo una distinción que juega exclusivamente en el plano procesal y carece de toda trascendencia en el plano material o sustantivo"³. Así en Francia, no século XVIII, introdúcese nestes contratos, nos que está implicada a Administración, unha cláusula pola que se dispón que a resolución do contrato se suxeitará á xurisdicción do Intendente e o recurso ó Consello do Reino. Non se quere que os tribunais civís coñezan a actuación da Administración. A xustiza administrativa non nace como medio para controla-lo poder público senón coa finalidade de evitar que a xurisdicción civil coñeza eses contratos. En España o liberalismo extremo da Constitución de Cádiz de 1812 plásmase, nesta materia, no Decreto constitucional do 13 de decembro de 1813 que remite tódolos contratos nos que intervén a Administración ós tribunais civís. Posteriormente coas reformas de Bravo Murillo de 1845, cópiase o sistema francés e recóllese, nun real decreto de febreiro de 1845 e no Regulamento do Consello Real do 30 de decembro de 1846, a suxeición destes contratos á xustiza administrativa.

A Lei de contratos do Estado, aprobada polo Decreto 923/1965, do 8 de abril, aínda cando sinalaba que o seu obxecto era o de "regularlos contratos que realice a Administración do Estado con persoa natural ou xurídica", do texto da lei soamente se deducía que os contratos que esta regulaba eran os de obras, servicios públicos e subministracións, co fin de esquecer toda outra clase de contratos⁴. Por iso un dos obxectivos da nova Lei de contratos das administracións públicas é o de recoller, nun único corpo legal e de forma sistemática, a lexislación sobre contratación pública. A apa-

² *Ibidem*.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, volume I, cuarta edición, Civitas, Madrid, 1986, páx. 628.

⁴ MIRANDA GONZÁLEZ, J., *La contratación de las Administraciones Públicas*, Celeste Ediciones, Madrid, 1995, páx. 10.

rición de diversas disposicións sobre a materia (como os R.D. 1005/1974, R.D. 1465/1985 e R.D. 2357/1985) "esixen que se integren na nova (lei) que se promulga, para conseguila continuidade no propósito daquela (LCE) e que informa a redacción desta" (Exposición de motivos da Lei de contratos das administracións públicas). Como sinalaba o R.D. 1465/1985, a forma de actuación da Administración cando foi necesario regular novas figuras xurídicas, non consideradas expresamente na LCE ou no Regulamento consistiu en dicta-la adecuada norma que os regulase. Desta maneira, a regulación da contratación pública estaba espaxada en diversas disposicións, o que evidentemente, non era nin a finalidade prevista pola LCE nin o máis axeitado desde un punto de vista práctico.

Pero non é este o único dos motivos que xustifica a nova Lei de contratos das administracións públicas do 19 de maio de 1995. Podemos sinalar tamén os seguintes. En primeiro lugar trátase coa mesma de lle dar cumprimento a un mandato constitucional, xa que o art. 149.1.18ª da Constitución lle atribúe ó Estado competencia exclusiva para promulga-la lexislación básica sobre contratos administrativos. Ademais a adhesión de España á Comunidade Europea esixía a adaptación da nosa lexislación interna ó ordenamento xurídico comunitario, recollido en materia de contratación pública en diversas directivas. En terceiro lugar, trátase de acentua-la publicidade e a transparencia na contratación administrativa cunha serie de medidas para logra-la obxectividade da actuación administrativa e o respecto ós principios de igualdade e non discriminación que teñen o seu adecuado reflexo no principio de libre concorrência, básico na contratación administrativa.

Aínda no caso de que a nova lei non poida substraerse ás modificacións filosóficas que a doutrina administrativista foi introducindo, segue mantendo o principio do *ius imperium*. Pero tamén hai que ter en conta que se trata dunha lei moderna que quere recolle-las novas correntes doutrinarias que tanto en dereito administrativo como no dereito en xeral propugnan unha menor rixidez da norma e un certo liberalismo no seu cumprimento⁵.

O libro que se comenta céntrase, dentro da materia dos contratos administrativos, no réxime de garantías. Como sinala o seu autor, unha das maiores preocupacións na contratación administrativa é a de asegurar que quen contrata coa Administración vai cumprilas obrigacións que legal ou contractualmente asumise. Pero, ¿cal é a regulación actual das garantías trala Lei de 1995? O libro obxecto desta recensión ocúpase diso.

A nova lei introduciu certas novidades na materia que tiveron como finalidade lograr unha maior flexibilidade nas garantías, para destaca-la incorporación á mesma dalgúns preceptos contidos no

⁵ *Ibidem*, páx. 12.


Regulamento Xeral de Contratación do Estado, o que se xustifica, na exposición de motivos, polo obxecto substantivo de que tratan ou pola súa importancia obxectiva.

O libro divídese en tres capítulos. No primeiro realízase unha reflexión sobre o tema das garantías na contratación administrativa, un estudio histórico destas, desde a Real orde do 16 de abril de 1846, polo que se aproban o prego de condicións xerais para as contratas de obras públicas de camiños, canles e portos e na que se esixía para poder ser admitido na poxa, afianza-la seguridade da súa boa construción, ata os nosos días. Así destaca o rigor técnico da Lei 13/1995, do 18 de maio, ó substituí-lo termo *fianzas* polo de *garantías*, máis correcto, xa que baixo a denominación de fianzas se incluían unha serie de instrumentos de garantías, que xuridicamente non se poden cualificar como tales.

O capítulo segundo estudia de maneira sistemática e moi detallada a garantía provisional: o momento en que debe prestarse, o lugar e a forma de constitución, a súa contía, a posible substitución da garantía provisional e os medios para presta-la mesma, as dispensas da prestación de garantía, excepcións á súa constitución, devolución e retención, etc. O tema dos medios para presta-la garantía (art. 36.1 da lei) é o que de maneira máis extensa trata o profesor García-Trevijano. Neste sentido examina a constitución en metálico da garantía, os valores, o aval e as entidades avalistas e o contrato de seguro de caución, instrumento de nova utilización no ámbito das garantías da contratación administrativa. Nesta materia é esencial o Real decreto 390/1996, do 1 de marzo. ¿Sería viable a hipoteca para constituí-la garantía provisional? A resposta do autor é negativa, xa que considera que na actualidade a hipoteca non é un medio idóneo para constituí-la garantía provisional ou definitiva.

No terceiro capítulo analízase a garantía definitiva: contía, momento e lugar de constitución, medios de prestación da mesma, reposición, garantías globais, complementarias e especiais, dispensas e excepcións, etc. Novidade fundamental da nova lei é a posibilidade dunha garantía global que cubra a totalidade dos contratos que un mesmo empresario manteña cunha mesma Administración ou cun mesmo órgano de contratación, sen especificación singular para cada contrato, e que responderá, xenérica e permanentemente, do cumprimento por parte do adxudicatario das obrigas de tódolos contratos establecidos coa mesma Administración pública. O autor, que insiste en que a Lei de contratos das administracións públicas neste aspecto esta falto do necesario desenvolvemento regulamentario, realiza unha configuración do que debería ser a forma de presta-las garantías globais. Polo que se refire ás garantías com-

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

plementarias, non se introducen especiais cambios con respecto á nova lei. O lugar idóneo, sinala García-Tevijano, para impoñe-la prestación da garantía complementaria é o prego de cláusulas administrativas particulares, xa que non cabe esixir *ex novo* a garantía complementaria mediante actos singulares da Administración contratante. 

Ignacio López-Chaves Castro

Profesor de dereito da Universidade de Vigo

Normas para a presentación de orixinais

1. Os traballos serán orixinais non publicados total ou parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecanografadas a dobre espacio nunha soa cara e numeradas, incluíndo, de se-lo caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folla á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Inclúiranse co título do artigo catro ou cinco descritores polos que se poida clasifica-lo artigo.
6. Baixo o título colocárase o nome do autor ou autores, incluíndose ó pé da páxina a profesión ou cargo principal co que desexan ser presentados.
7. O traballo irá precedido obrigatoriamente dun sumario ou resumo inferior a 150 palabras, sobre o contido e conclusións, sen notas ó pé. Acompañaranse á versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recolleranse ó final do manuscrito en folla á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas no-

tas) 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 comprométese a corrixi-las probas de imprenta nun prazo de sete días, e enténdese que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:

*Revista Galega de
Administración Pública*

EGAP

Pol. das Fontiñas, Rúa Madrid, 2-4
15707 Santiago de Compostela.
Galicia. España.



CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ESCOLA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA