

ALGUNAS CUESTIONES DEL ESTADO DE LAS AUTONOMIAS *

POR

FERNANDO GARRIDO FALLA

SUMARIO: I. Introducción.—II. La pérdida de competencias de la Administración central del Estado.—III. La desestabilización de la carrera administrativa.—IV. La reestructuración de la provincia.

I. INTRODUCCIÓN

De los muchos problemas, tanto jurídicos como políticos, que el Estado de las Autonomías plantea, he elegido como objeto de esta meditación —puesto que todos no pueden abordarse— tres que me parecen muy significativos, a saber: 1) la transformación de las competencias de la Administración Central del Estado; 2) la alteración de las carreras profesionales en la Función Pública, y 3) la necesaria reestructuración de la provincia.

Posiblemente me haya fijado en estas tres cuestiones, porque, en un cierto sentido, la Administración Central, sus funcionarios y las provincias sean las «víctimas», el precio a pagar por la construcción de un Estado de las autonomías en el que muchos han puesto sus ilusiones, otros su radical rechazo y otros cuantos, entre los que me encuentro, su más ferviente deseo de que no haya sido una equivocación.

Hay que empezar por decir que hoy el Estado centralista, de corte uniformista, está absolutamente en crisis. Empero, lo que a mi juicio no se ha subrayado con el debido énfasis es que, por una parte, la tendencia autonomista se cruza con un fenómeno de centralización que se manifiesta curiosamente en los Estados de estructura federal; de otra, que la descentralización autonómica es hoy día un objetivo

* El presente trabajo constituye la refundición de dos conferencias recientemente pronunciadas: la primera, el día 4 de febrero de 1983 en la Universidad de Sevilla, dentro de las Jornadas de Estudios sobre Comunidades Autónomas, organizadas por su Departamento de Derecho Administrativo; la segunda, en la Diputación Provincial de Cáceres, el día 18 de marzo de 1983.

simultáneamente propuesto por tendencias políticas progresistas y conservadoras.

El primer aspecto de la cuestión se descubre si el fenómeno autonomista se contempla, no desde un punto de vista estático, sino dinámico. Ocurre aquí como con la fiebre de los enfermos: lo sintomático no es tener 39 grados de fiebre; la gravedad de la situación depende de que una hora antes el enfermo tuviese 40 grados o 37 grados. Uno de nuestros clásicos políticos, SAAVEDRA FAJARDO, ya lo dijo como lema de una de sus «empresas»: bajo la representación gráfica de una flecha lanzada hacia el cielo, escribía como alternativa insoslayable: «o sube o baja».

Y esta es cabalmente la cuestión. Teóricamente una comunidad autónoma española es seguramente «menos» que un *Land* alemán; pero mientras que la Constitución española ha tenido que admitir el término «nacionalidades», en Alemania el término *Nación* no se discute e incluso es la «reivindicación pendiente» con miras a la reunificación de las dos Alemanias.

En segundo lugar está el tema de cuál sea la connotación política de las tendencias autonomistas. Aunque se suele olvidar con frecuencia que el centralismo fue unido durante el siglo XIX a las corrientes políticas progresistas, la situación actual parece ser exactamente la contraria: hoy las posturas centralizadoras se califican como inequívocamente reaccionarias. Y, sin embargo, también en esta materia resulta necesario hacer algunas precisiones.

Tomemos el ejemplo de la única gran democracia moderna —aparte del caso de Suiza— en la que la fórmula federal ha constituido algo consustancial en su historia: los Estados Unidos de América. Desde que en 1913 fue elegido presidente W. WILSON, los grandes presidentes de los Estados Unidos, los que han sido capaces de proponer un programa que ha impulsado un revulsivo en la conciencia nacional y que, por añadidura, ha servido para remontar alguna gran crisis económica, han significado un enérgico correctivo a las ideas que inspiraban el federalismo tradicional. La «Nueva Libertad» de WILSON no significó, en efecto, otra cosa que la inauguración de una etapa de cooperativismo federal. Como lo ha observado D. J. ELAZAR, la clave de este programa consistía en la unión de los Estados con el Gobierno Federal para realizar empresas conjuntas y conseguir metas comunes y compartidas. En una serie de sectores, se unificaron políticas a nivel nacional y surgieron servicios públicos de ámbito federal.

Un fortalecimiento de esta tendencia significó obviamente la famosa política del «New Deal» de F. D. ROOSEVELT que, hay que reconocerlo, superó la crisis de la gran depresión de los años treinta a fuerza de intervencionismo administrativo federal. En fin, la «Nueva Frontera» de J. F. KENNEDY en los años sesenta tenía necesariamente que responder al papel que a los Estados Unidos correspondía en aquellos momentos como líder del mundo occidental.

Paradójicamente, ha sido un político conservador, Ronal REAGAN, quien ha accedido a la Casa Blanca con un programa de dispersión estructural del poder, es decir, de reparto de competencias entre las instituciones federales, estatales y municipales. El «Nuevo Federalismo» de REAGAN puede calificarse por eso, simultáneamente, como una «vuelta a los orígenes» o como una «huida hacia adelante». Es, además, un buen ejemplo de lo temerario que resulta poner etiquetas políticas (como progresista o reaccionaria) en abstracto a determinadas posturas, sin tener en cuenta las circunstancias de lugar y de tiempo.

II. LA PÉRDIDA DE COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL DEL ESTADO

1. Decir que el Estado de las Autonomías significa una pérdida de competencias del Estado central y, muy particularmente, de la Administración pública estatal, es, sin duda alguna, una auténtica «perogrullada». Y, sin embargo, es absolutamente ineludible que nos refiramos a esta primera cuestión.

Por de pronto, la construcción del Estado de las Autonomías planteaba a los redactores de la Constitución española de 1978 el reto de la distribución de competencias entre el Estado Central y las Comunidades Autónomas. Y de los varios modelos ofrecidos por el Derecho comparado, nuestros constituyentes eligieron el llamado de la «doble lista»; es decir, enumerar por una parte las competencias del Estado central y, a continuación, enumerar las competencias de las Comunidades Autónomas; o viceversa, pues aquí el orden de los factores no altera el producto.

A primera vista, pues, el sistema no puede ser más simple: si queremos conocer las competencias de las Comunidades Autónomas, nos vamos al artículo 148, y si queremos saber las del Estado, al artículo 149. Sin embargo, el problema puede complicarse notablemente si tenemos en cuenta lo siguiente:

a) En primer lugar, que las competencias de las Comunidades Autónomas pueden ser inferiores a las que enumera el artículo 148 («... podrán asumir...»), si sus Estatutos de Autonomía no las asumen todas (lo cual es improbable, pero no imposible). Pero también pueden ser superiores, pues a las del artículo 148 pueden sumarse las competencias siguientes:

1.º Las que incluyan los respectivos Estatutos «no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución» (art. 149,3 de la Constitución).

2.º Las competencias legislativas que les delegue el Estado, de acuerdo con el artículo 150,1 de la Constitución.

3.º Las transferencias de facultades ejecutivas y de gestión de servicios estatales al amparo del artículo 150,2.

b) Por consecuencia de lo anterior —y como la otra cara de la misma moneda— las competencias exclusivas del Estado que enumera el artículo 149,1, resulta que... no son tan exclusivas. Pues, como se desprende de la propia redacción de sus apartados y de lo que añade el artículo 150,1, pueden ser delegadas en cuanto a su regulación normativa o a su gestión (art. 150,2) a las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, la interpretación de los artículos 148 y 149 de la Constitución se hace particularmente problemática si intentamos desentrañar el significado del término *exclusivas* que emplea nuestro texto constitucional. Ya desde sus primeras sentencias, nuestro Tribunal Constitucional ha subrayado «... el sentido marcadamente equívoco con que el adjetivo *exclusivo* se utiliza tanto en el texto de la Constitución como en los Estatutos de Autonomía hasta ahora promulgados» (sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de noviembre de 1981).

En posterior sentencia del propio Tribunal Constitucional, de 8 de febrero de 1982 (resolutoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Central contra la Ley 4/81 de la Generalidad de Cataluña sobre medidas urgentes sobre la Función Pública), se afirma enfáticamente:

«Este Tribunal ya ha advertido en efecto sobre el sentido marcadamente equívoco con el que el adjetivo *exclusivo* se utiliza tanto en el texto de la Constitución como en el de los Estatutos de Autonomía y, en conse-

cuencia, resulta aventurado cualquier razonamiento que intente arrancar de la diferencia existente entre una competencia atribuida con carácter exclusivo, sin perjuicio de la legislación básica que corresponde al Estado, y una competencia para legislar y ejecutar que deba ejercerse en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca.»

2. ¿Hay que llegar entonces a la conclusión de que cuando la Constitución habla de competencias *exclusivas*, esto se debe a un simple error técnico de los redactores? ¿Acaso —como otros pretenden— las competencias en el Estado de las Autonomías son, como regla general, competencias *compartidas*? (1)

Por supuesto, se trata de una materia en la que es necesario hacer algunas precisiones previas. Hay, ante todo, que hacer una distinción entre competencias *verticales* (es decir, por razón de la materia) y competencias *horizontales* (es decir, por razón de la facultad o potestad pública que se ejercita: legislación, gestión o ejecución...). Pues bien, en relación con las primeras (es decir, con la materia), cabe perfectamente una atribución en exclusiva al Estado (o a la Comunidad Autónoma); por ejemplo, cuando la Constitución declara en su artículo 149,1 que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de «relaciones internacionales» o «defensa y fuerzas armadas» quiérese decir que sobre estas cuestiones las Comunidades Autónomas no pueden ni legislar, ni ejecutar. Sin embargo, en relación con otras materias enumeradas en el propio artículo 149, lo que al Estado se atribuye en exclusiva, no es la materia misma, sino ciertas facultades (competencia horizontal) sobre esa materia (por ejemplo, la legislación), sin perjuicio de que la ejecución se reserve a la Comunidad Autónoma; sólo en este sentido puede hablarse de competencias concurrentes. El equívoco de los redactores de la Constitución estriba en utilizar la misma terminología para designar la *materia* y la *potestad* pública que se ejercita para regularla o gestionarla.

(1) Se suele hablar también, en estos casos, de competencia *concurrente*. Esta terminología tiene, empero, un distinto significado en Derecho Administrativo; así, se suele emplear por la Jurisprudencia para aludir a aquellos casos en que hay *superposición de competencias* en un expediente administrativo (por ej., del Ministerio de Industria y del Ayuntamiento de Madrid, cada uno dentro de su respectiva competencia: Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero 1982; o en materia de actividades molestas e insalubres: Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1981).

Ahora bien, lo que especialmente me interesa subrayar es que, en buena técnica jurídica, la competencia horizontal siempre se atribuye *en exclusiva*. Partiendo de conclusiones que son ya obvias en el campo del Derecho Administrativo (y han sido recogidas y sancionadas en la vigente Ley de Procedimiento Administrativo), hay que afirmar que la atribución de competencia a un órgano excluye la intervención en ese asunto de otro órgano diferente: la competencia es exclusiva e irrenunciable sin perjuicio de los supuestos de avocación, delegación o sustitución que el ordenamiento permite. A mi juicio, pues, hablar de competencia concurrente o compartida sin ulteriores precisiones sólo puede conducir al equívoco. Cabe, en efecto, que sobre una misma materia (por ejemplo, Seguridad Social) tenga competencia el Estado y las Comunidades Autónomas; pero naturalmente se tratará de distinto tipo de competencia (por ejemplo, legislativa del Estado y de ejecución o gestión para la Comunidad Autónoma). Para hablar con rigor de competencia compartida habría de exhibirse un ejemplo en el que tanto el Estado como la Comunidad Autónoma ostentasen, dentro del territorio de ésta, igual competencia funcional sobre una misma materia.

3. Hay que reconocer que la mayor parte de las materias (o competencias verticales) que se enumeran en el artículo 149,1 de la Constitución no están atribuidas en bloque exclusivamente al Estado. Lo más frecuente es que al Estado se atribuya el establecimiento de la legislación básica, sin perjuicio del desarrollo normativo por la Comunidad Autónoma; o simplemente la legislación, sin perjuicio de la ejecución o gestión del servicio por la Comunidad Autónoma. Hay base, por consiguiente, para que GARCÍA DE ENTERRÍA proponga, como ha hecho tras un análisis de las fórmulas utilizadas en los principales Estados federales europeos, una interpretación de nuestro Estado de las Autonomías de acuerdo con el modelo del llamado «federalismo de ejecución». Lo que la Constitución ha querido —nos dice— al propiciar la fórmula de la ejecución por las Comunidades Autónomas de la legislación estatal es articular dos principios políticos: que la legislación, en las materias de que se trata, sea uniforme en todo el territorio nacional, uniformidad que se logra atribuyendo su formulación al Estado; pero, a la vez, ha querido también que la ejecución de esa legislación uniforme sea propia de cada Comunidad Autónoma, la cual actúa en tales casos como tal Administración autónoma, no como «Administración indirecta del Estado». Y a continuación

añade —y esto tiene, a mi juicio, una importancia fundamental, aunque pone en cuestión su anterior negación del carácter de Administración indirecta del Estado— que, puesto que de ejecución se trata, ha de estar vinculada a la legislación establecida por el Estado y que, consiguientemente, éste debe retener en sus manos unas facultades de inspección sobre la gestión realizada por las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, el «federalismo de ejecución» ¿a dónde nos lleva?, ¿significa esto la desaparición de la Administración periférica estatal? ¿Van a sobrar en adelante los gobernadores civiles y los delegados de los Ministerios, reducidos ya hoy a la condición de directores provinciales dentro del Gobierno civil de la provincia? ¿Se va a quedar la Administración Central con el único papel de planificadora y, en su caso, supervisora de la ejecución y gestión de los servicios por las Comunidades Autónomas?

Personalmente pienso que ni tanto ni tan poco. Pero un adelanto de lo que puede ser el futuro, se desprende de los artículos 29 y 30 de la discutida LOAPA (hoy *sub judice* ante el Tribunal Constitucional), que ordena, como consecuencia del proceso autonómico, una reestructuración de la Administración del Estado de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Reorganización de los servicios de los Departamentos Ministeriales y organismos de ellos dependientes para acomodarlos a las funciones que «sigan perteneciendo a los mismos».

b) Supresión de las estructuras de gestión que resulten innecesarias y, en su caso, su reconversión en servicios de coordinación, planificación, inspección y documentación.

c) Reestructuración de la Administración periférica de acuerdo con los criterios anteriores, con supresión de las delegaciones ministeriales y reagrupamiento de los servicios que deban subsistir bajo la autoridad del Gobernador civil, que será el único delegado de la Administración del Estado en las provincias, aparte del delegado de Hacienda;

d) Reestructuración de los actuales servicios de nivel regional, que quedarán bajo la autoridad del delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma.

III. LA DESESTABILIZACIÓN DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA

1. He mantenido repetidamente que la última etapa en la construcción del Estado de Derecho la constituye la institucionalización de la Administración pública; es decir, la configuración de una Administración pública dirigida por el Gobierno, pero servida por *funcionarios* cuya situación jurídica y expectativas de carrera no dependen de los *políticos* que manejan el Gobierno. La Constitución española pretende consagrar estos principios. Así: 1) afirma que el Gobierno dirige la Administración (art. 97); 2) que la Administración sirve con *objetividad* los intereses generales, sometida a la ley y al Derecho (art. 103,1); 3) que los funcionarios ejercen sus funciones con imparcialidad (art. 103,3) (neutralidad política del funcionario), y 4) que el acceso a la función pública (y hay que entender que también el *ascenso*) se verifica «de acuerdo con los principios de méritos y capacidad» (art. 103,3, neutralidad administrativa del Gobierno).

Esto, que parece tan obvio en una Administración razonablemente desarrollada, no deja de ser una sutil y «civilizada» conquista del Estado de Derecho y, en definitiva, el resultado de largas etapas de estabilidad política en la vida de los pueblos. Porque la aspiración lógica en las etapas de inmadurez o de cambio político (y en la medida misma en que el cambio se acerque a la revolución) es la de apoderarse de la Administración e instrumentalizarla políticamente repartiendo los *oficios públicos* entre los miembros de la propia clientela política: es la fórmula que se conoce con el nombre de *spoil system* (o «sistema de botín»).

La larga marcha hacia el «sistema del mérito» (*merit system*) —que obviamente ofrece también sus propias dificultades, como se descubre en las connotaciones negativas que tienen los términos «burocracia» y «tecnocracia»— se divide en varias etapas. Si tomamos un ciclo histórico completo de la Administración pública española (1936-1978), descubrimos las siguientes etapas:

a) Depuración de responsabilidades políticas de los funcionarios. Es la consecuencia inmediata de la guerra civil: se desea un funcionario adepto, pero al mismo tiempo no se puede prescindir en bloque de una Administración anterior cuyo grado de profesionalización era avanzado. La fórmula que se arbitra es la depuración de los funcio-

narios antiguos y la exigencia (más o menos formalista) de adhesión política a los de nuevo ingreso.

b) Revisión de los expedientes de depuración. La progresiva institucionalización impone una revisión de criterios: a partir de la década de los 50, ni se considera esencial al funcionario profesional la adhesión «positiva» al ideario político, ni se mantienen los criterios que determinaron la primera gran depuración. Los llamados «juzgados de revisión» funcionaron en casi todos los Ministerios.

c) La burocracia profesional. Es la situación que impone el desarrollo económico y la irrupción de las nuevas generaciones. A partir de los años 60 (y la precisión cronológica es, desde luego, muy convencional) las carreras administrativas están institucionalizadas. La línea divisoria entre funcionarios políticos y profesionales queda *aproximadamente* establecida en el nivel de Director general. Como terreno de nadie se «inventan» los cargos de subdirector general y secretario general de Dirección.

Y así las cosas, llega la transición política y el cambio. ¿Había de recorrer de nuevo la Administración española el ciclo que se acaba de describir?

2. Por supuesto, la contestación debe ser negativa.

La Constitución lo prohíbe. Hoy se está de acuerdo, según parece, en que el nivel de Director general en los diferentes Ministerios debe reservarse a los funcionarios de carrera; incluso el último proyecto de Ley que el anterior Gobierno remitió a las Cortes en la pasada legislatura se inspiraba en tal principio. Por mi parte, afirmé que efectivamente el grado de lo que he llamado «institucionalización de la Administración pública» estaba en relación directa con la altura del escalón jerárquico reservado a los funcionarios de carrera en el organigrama administrativo. Sin embargo, repetidamente he formulado también mis reservas en cuanto a la aceptación práctica del modelo por la clase política que, sujeta a una dinámica, por lo demás explicable, tiende a rodearse de «personas de confianza», más que de experimentados profesionales. Me basta con remitirme a los ceses y nombramientos que han llenado las páginas del «Boletín Oficial del Estado» en los últimos meses.

Obviamente, si se hubiese aprobado ya o si se aprobase inmediatamente un Estatuto de la Función Pública profesionalizando los niveles jerárquicos hasta el de Director general incluido, no podrían pa-

sar estas cosas: la política pasaría, pero la Administración permanecería. Permítaseme, sin embargo, que en relación con esto haga un par de observaciones.

En primer lugar, aquí el dato cronológico es decisivo. Para el político, no es lo mismo que la profesionalización de los Directores generales se realice *antes* de que su partido llegue al poder (lo que le impedirá el «reparto del botín») que *después*, en cuyo caso habría convertido a buena parte de su clientela en *beati possidentes* del botín administrativo ya repartido.

Esto me recuerda una pequeña historia de la que fui testigo allá en los primeros años de la década de los 50, cuando yo iba camino de conseguir mi primer trienio al servicio de la Administración pública. Como algunos de ustedes recordarán funcionaban por entonces algunos Ministerios de nueva creación, la recluta de cuyo personal —en buena medida, vaya esto por delante, razonablemente cualificado— se había realizado mediante el expeditivo procedimiento de la designación digital. Pues bien, en uno de estos Departamentos Ministeriales se consideró de justicia dar una oportunidad de permanencia en el cargo a estos funcionarios a través de la convocatoria de unas oposiciones restringidas... pero procediendo previamente a cesar (al fin y al cabo eran interinos) a los que, por razones que no vienen al caso, habían perdido la confianza de sus jefes. Uno de los cesados, amigo y compañero mío, escribió al Ministro autor de la medida una curiosa carta que me leyó, y uno de cuyos párrafos venía a decir más o menos lo siguiente: «Con tu conducta, al frente del Ministerio hemos vuelto en España a los tiempos de Romero Robledo que, como es sabido, se le recuerda históricamente por su afición a colocar en las oficinas públicas a parientes, paisanos y amigos; pero con un tanto a favor del viejo político: él no pretendió nunca hacerlos inamovibles.»

En segundo lugar, una Administración rigurosamente profesionalizada suele conducir (salvo en unos cuantos países que se podrían contar con los dedos de una mano) a la aparición de una «Administración paralela» a cargo de puestos de trabajo más o menos formalizados, como jefes de gabinetes técnicos, asesores, consejeros personales, etc. El funcionario político, como el *Ave Phoenix*, renace de sus propias cenizas... y, por supuesto, con cargo al bolsillo del sufrido contribuyente.

Lo único que nos puede consolar es que esto ocurre en «las mejores familias». En la Administración federal de los Estados Unidos

los puestos de trabajo del *Civil service* se dividen en «clasificados» y «no clasificados»: de estos últimos dispone el Presidente para recompensar méritos adquiridos en la dura campaña electoral. Según parece, REAGAN tuvo a su disposición a nivel federal unos dos mil de estos puestos. Pero obviamente, lo que esto significa en un colectivo de más de dos millones y medio de funcionarios federales es absolutamente despreciable. Lo que a mí me interesa subrayar es la Administración paralela que surge en el vértice de la pirámide con los llamados «consejeros personales del presidente». ¿Qué son entonces los ministros y subsecretarios? En un libro de obligada lectura para los administrativistas —las «Memorias» de KISSINGER— se contiene una inteligente y brillante descripción (absolutamente extrapolable a teoría general) del papel que desempeña un asesor en asuntos exteriores y del que queda reservado a la organización formal y profesional directamente dependiente del Secretario de Estado. ¿Si existen unos canales formales de comunicación por qué «puentearlos» —como ahora se dice— con los canales informales creados paralelamente?

Por lo demás, ¿qué es lo que ocurre en las Comunidades Autónomas? En teoría, las transferencias de los funcionarios de los órganos provinciales de la Administración estatal a las Comunidades Autónomas se han realizado según propia fórmula que recoge la LOAPA (hoy *sub judice*) (2) en sus artículos 31,1 y 32,1; es decir, «siéndoles respetados los derechos de *cualquier orden* que les correspondan en el momento del traspaso». Ciertamente, los derechos económicos han sido respetados; pero no puede decirse otro tanto de los derechos propios de la carrera administrativa. Las quejas de estos funcionarios son sobradamente conocidas: al integrarse en el organigrama de la Administración autónoma han sido colocados en escalones inferiores; incluso en Cuerpos de marcado carácter técnico, han pasado a depender de jefes de menos antigüedad y experiencia cuya incorporación al organismo, bajo la dudosa fórmula del contrato administrativo, responde claramente a una intención política. Porque inevitablemente en épocas de transformación política hay una vuelta al *spoils system*, o «sistema de botín».

(2) Cuando corrijo las pruebas de imprenta del presente trabajo, ya se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de LOAPA: Sentencia 76/1983, de 5 de agosto («BOE» de 18 de agosto). La sentencia que estima en buena parte el recurso —así, niega el carácter orgánico y armonizador de la Ley—, no afecta, sin embargo, a la solución propuesta por los artículos 31,1 y 32,1, citados en el texto.

3. Pero la otra cara del problema viene dada por las dificultades que encuentran las Comunidades Autónomas para nombrar a su propio personal en los escalones netamente administrativos. Podría pensarse que la libertad que antes hemos subrayado para politizar nombramientos en los niveles superiores se contrapesa con las dificultades a que ahora acabo de aludir.

En efecto, en un trabajo publicado en la Revista «Documentación Administrativa» por MARTÍNEZ BLANCO se pretende demostrar que la aplicación de la vigente legislación estatal sobre funcionarios públicos al personal de las nuevas Comunidades Autónomas puede conducir, literalmente hablando, al absurdo. Pues si, por una parte, ni se pueden convocar plazas en propiedad por las Comunidades Autónomas; si está prohibida la figura del funcionario interino; si no es adecuada la figura del contrato laboral para la prestación de servicios administrativos, y, en fin, si la situación del contrato administrativo no puede superar el plazo de un año, y si, por otra parte, las administraciones de las Comunidades Autónomas tienen que funcionar, ¿quién cuadrará este círculo?

Como se advierte, la tesis expuesta conduce por consiguiente a un auténtico callejón sin salida. Personalmente pienso, sin embargo, que la situación no es tan desesperada —sobre todo después de la Sentencia de 8 de febrero de 1982 de nuestro Tribunal Constitucional, relativa a las medidas urgentes sobre Función Pública de la Generalidad de Cataluña— y que las Comunidades Autónomas, por consiguiente, disponen de un razonable campo de maniobras para solucionar el problema del nombramiento de sus propios funcionarios, dentro, claro está, de los principios básicos en que se inspira la legislación general del Estado sobre funcionarios públicos.

Entiendo, por supuesto, que las bases de la legislación sobre funcionarios públicos del Estado son de aplicación en las Comunidades Autónomas —en este mismo sentido se pronuncia la todavía no vigente LOAPA— (3); pero la clave del problema está en distinguir cuál es esa legislación básica del Estado y cuáles son las normas simplemente *coyunturales* que en los últimos años se han dictado para ata-

(3) Vid. nota anterior. La sentencia 76/1983 del Tribunal Constitucional sobre la LOAPA, en su fundamento jurídico número 42 considera lógicas «las limitaciones establecidas en los apartados b) y c) del artículo 32,2 en relación con el nombramiento de personal interino y contratado por parte de las Comunidades». Lo cual es una razonable teoría; pero ¿cómo hubiesen funcionado hasta ahora las Comunidades Autónomas si hubiesen esperado a la entrada en vigor de la LOAPA?

jar la inflación de funcionarios interinos y contratados que se ha producido en la Administración Central. Estas no son de necesaria aplicación directa en las Comunidades Autónomas.

IV. LA REESTRUCTURACIÓN DE LA PROVINCIA

1. Creo que, hablando de la provincia, lo primero que debe de observarse es la indudable existencia de elementos contradictorios en la estructura provincial. Porque esta es la única forma de explicar que, en nombre de la provincia, sea hoy posible: 1) atacar a ciertas Comunidades Autónomas; 2) defender a otras Comunidades Autónomas; 3) y, en fin..., incluso defender a las provincias.

Pero empecemos por el principio. Y lo primero que merece la pena recordar, aunque no tenga más que un valor anecdótico, es que si aplicamos el principio del *ius loci*, la provincia es *andaluza* por razón del lugar de su nacimiento. Fueron efectivamente las Cortes de Cádiz las que introdujeron en la primera Constitución española, de 1812, el artículo 325: «en cada *provincia* habrá una Diputación llamada provincial, para promover su prosperidad, presidida por el jefe superior». Precepto en el que ya se apunta a la doble condición de representante de intereses propios (Diputación provincial para promover *su* prosperidad) y pieza en la organización estatal (bajo el mando del jefe superior de la provincia), naturalmente nombrado por el Gobierno.

Y, sin despreciar proyectos y trabajos anteriores, fue precisamente otro andaluz, el granadino JAVIER DE BURGOS, quien en 1833 estableció la división de España en provincias que, con ligerísimas alteraciones, está todavía vigente en la actualidad.

La idea, sin embargo, hay que reconocerlo, no es de producción nacional. Como es sabido, lo que estos «afrancesados» —muchos de los cuales paradójicamente habían luchado contra los franceses— hicieron fue lisa y llanamente introducir en España la división departamental vigente en Francia. Lo cual, por supuesto, no debe tomarse como un reproche, pues la necesidad de racionalizar la caótica organización del antiguo régimen era una exigencia ineludible tanto para los franceses como para los españoles.

El maestro HAURIU —como nos ha recordado recientemente MUÑOZ MACHADO— resume con precisión la situación existente en el *ancien régime*: «existían agentes señoriales, agentes municipales, agen-

tes y justicias reales; las circunscripciones estaban superpuestas, las diversas autoridades no tenían relación entre sí y carecían del sentido de la cosa pública, de manera que todo era desorden e incoherencia».

Naturalmente esto mismo se puede decir de la situación existente en España a comienzos del siglo XIX. Ahora bien, establecida la provincia, lo que a mi juicio es verdaderamente notable en su evolución, es que su afirmación se basa en el apoyo mutuo que se prestan las dos naturalezas, aparentemente antagónicas, de la circunscripción provincial. Quiero decir, aunque esto pueda parecer un disparate, que la paulatina afirmación de la provincia como entidad local que se produce en España a lo largo del siglo XIX es lo que ha hecho posible simultáneamente el proceso de centralización del poder que inspira la historia administrativa de España hasta la aparición de las autonomías. Creo que esto exige una explicación y voy a intentar darla.

La primera observación que cabe hacer es la de que —contra lo que algunos creen, y así lo ha subrayado MARTÍN RETORTILLO— la delimitación provincial se hizo con un notable respeto a las tradiciones históricas. Lo que se ha llamado «connaturalización» de las provincias, no debe entonces extrañar a nadie, pues nacieron ya sobre las «regiones naturales» existentes en España. El gran acierto, pues, de JAVIER DE BURGOS al dividir en circunscripciones territoriales la Administración del Estado fue hacer coincidir la razón con la Historia.

Claro es que este tipo de planteamientos tienen —según desde el punto de vista que se mire— sus ventajas e inconvenientes. La circunscripción territorial sometida al poder de un delegado del Gobierno central (nuestros gobernadores civiles) —y por tanto, cualquier reivindicación histórica que pudiese tener pendiente— queda así «bajo control». Más aún: al establecer un órgano de administración propio, más o menos representativo de los intereses de la provincia (la Diputación provincial), se hace una concesión —teórica al menos— al principio de autonomía. Y, en fin, frente a las críticas que siempre suscita una Administración excesivamente centralizada (y la nuestra lo era hasta bien recientemente, al igual que la francesa), se tiene preparada la pieza para ofrecer una fórmula de desconcentración e incluso de descentralización administrativa.

Estas consideraciones se refuerzan curiosamente si tenemos en cuenta que la negación de carácter *político* a la provincia se ha compensado con el carácter político del Gobernador civil. GARCÍA DE EN-

TERRÍA ha subrayado que la recepción del modelo departamental francés en España se desvió de su origen precisamente en esto: frente al carácter funcional y profesional del prefecto, surgió aquí el cargo de Gobernador civil exclusivamente reservado a la clase política. La observación es absolutamente cierta. Mis dudas, empero, se refieren a la valoración de lo que de positivo y negativo ha comportado esta solución. Por una parte, el «politiqueo» provincial se ha realizado en torno a la figura del Gobernador civil; no hubiese tenido sentido hacerlo alrededor del delegado de Hacienda o del jefe provincial de Obras Públicas por mucha que fuese la categoría profesional de estos distinguidos funcionarios. Y, claro está, concentrar el centro de la actividad política en el gobierno civil significa alejarlo de los órganos locales y, consiguientemente, favorecer el proceso centralizador del Estado, hoy tan vituperado, pero indispensable en nuestra Historia decimonónica para construir una Administración moderna.

Por otra parte, creo que la mejor forma de conseguir la profesionalización de la burocracia y, por tanto, la institucionalización de la Administración, está en colocar el techo de las carreras profesionales por debajo de los cargos que, por la confianza que requieren del Gobierno, son esencialmente políticos. Estoy firmemente convencido, por seguir con los ejemplos anteriores, de que es el carácter político del gobernador civil el que ha posibilitado la funcionarización del resto de los delegados provinciales de la Administración Central. Obsérvese —y a esto ya nos hemos referido— que el problema es el mismo en los órganos centrales de los Ministerios. Pero volvamos al tema que nos ocupa.

Como nos recuerda ENTRÉNA CUESTA, ya al discutirse la Constitución de 1931 la provincia fue calificada de «fábrica de caciques» y de «cosa abominable en lo político y tan oprobiosa como lo fuera la inquisición para las ideas liberales». Sin embargo, la provincia quedó constitucionalizada, hasta el punto de que PÉREZ SERRANO, al comentar el artículo 10 de la Constitución republicana, sugirió que debería titularse «la venganza de la provincia», añadiendo que en los noventa y nueve años de su existencia —en la fecha en que él escribía— se resiste a desaparecer, y es preciso conservarla incluso en los casos mismos en que va a subsumirse «en un todo regional superior». Y creo oportuno que agreguemos por nuestra cuenta que el Estatuto de Cataluña de 1932 reconocía la existencia de las cuatro provincias catalanas en su artículo 1.º, a los efectos de la delimitación del terri-

torio de la región catalana, sin la referencia a las comarcas que hoy se introduce en el artículo 2.º del vigente Estatuto.

Pero a mi juicio, el precepto más significativo de la Constitución de 1931, a los efectos de demostrar la polivalente utilización del ente provincial, se encontraba en su artículo 22: «Cualquiera de las provincias —decía— que forme una región autónoma o parte de ella podrá renunciar a su régimen y volver al de provincia *directamente vinculada* al Poder Central». ¿No se descubre aquí el propósito de poder utilizar en un momento determinado a la provincia como arma arrojadiza contra la región autónoma? Por supuesto, en la Constitución de 1978 no se encuentra nada parecido.

En las discusiones parlamentarias a que dio lugar la nueva Constitución española, vuelven a repetirse las posturas a favor y en contra de la provincia.

Así, frente a la postura reticente de los catalanistas, los parlamentarios de Centro Democrático y del Partido Socialista estuvieron de acuerdo en su constitucionalización. El senador JIMÉNEZ BLANCO se refería a «la realidad territorial de la provincia, tan amada por muchos de nosotros»; y el diputado FAJARDO SPÍNOLA declaraba en el Congreso que la provincia es «un ente local *imprescindible e importante*».

Y lo cierto es que con la Constitución en la mano resulta imposible negar la necesidad jurídica de la existencia de la provincia en el marco de nuestra organización territorial. Como ha observado ENTRENA CUESTA, sin perjuicio de convenir en la redacción poco afortunada del artículo 141, son varios los preceptos constitucionales que quedarían sin sentido si se prescinde de la existencia de la provincia; así, el artículo 69, que tras definir al Senado como la Cámara «de representación territorial» establece que «en cada provincia se elegirán cuatro senadores».

A mi juicio el precepto constitucional más tajante es, desde luego, el 137, que establece:

«El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.»

Curiosamente, este precepto permite que la constitución de Comunidades Autónomas no se generalice a la totalidad del territorio nacio-

nal, pues se refiere a las Comunidades Autónomas «que se constituyan» (luego no son de constitución necesaria). Esta opción, sin embargo, no se da en relación con las provincias; por el contrario, la situación actual queda congelada hasta el punto de que, de acuerdo con el artículo 141,1, «cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante Ley Orgánica».

En fin, la «autonomía para la gestión de sus intereses» se garantiza a la provincia —junto con las demás entidades territoriales— en el citado artículo 137.

En resumen, creo que la discusión acerca de si la provincia es una entidad de existencia necesaria en la Constitución, carece de sentido desde el punto de vista jurídico; otra cosa es que la polémica política sobre su existencia continúe aún sobre el tapete.

2. Pues bien, cabalmente una motivación política es indudablemente la que determinó al Parlamento catalán a aprobar la Ley número 6/1980, de 17 de diciembre, por la que se regula la transferencia urgente y plena de las Diputaciones catalanas a la Generalidad.

La reacción del Estado central no se hizo esperar. Promovido por el Presidente del Gobierno, se interpone recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional con fecha 30 de marzo de 1981. Para demostrar la inconstitucionalidad de la ley catalana, el recurso utilizaba una serie de argumentos que se resumen a continuación: a) la supresión de las Diputaciones provinciales catalanas y la correspondiente creación de los Consejos territoriales que efectúa la ley recurrida infringe los artículos 148,1,2.º y 149,1,18 de la Constitución, así como el artículo 9,8 y la disposición transitoria segunda del Estatuto de Cataluña; b) la Ley catalana 6/1980 vulnera asimismo los artículos 137, 141 y 142 de la Constitución, así como los artículos 5,4; 49 y disposición adicional cuarta del Estatuto de Cataluña; c) la Ley es también contraria al procedimiento para el traspaso de servicios regulados por la disposición transitoria sexta del Estatuto de Cataluña, y d) la Ley supone asimismo infracciones implícitas de preceptos constitucionales y estatutarios entre los que se menciona especialmente el artículo 46,2 y 3 del Estatuto de Cataluña.

Si necesitábamos un caso de laboratorio para demostrar prácticamente algunas de las ideas que anteriormente hemos adelantado sobre el carácter íntimamente contradictorio de la provincia, aquí lo te-

nemos. Las Comunidades Autónomas que han conseguido serlo invocando precisamente el respeto al principio de autonomía y como el triunfante resultado de su lucha contra la centralización, ahora las vemos despreciando ese principio y centralizando poderes y competencias en el territorio de su jurisdicción. Por su parte, aparece el Estado —que lo ha sido a costa de las provincias— como celoso defensor de las autonomías provinciales. ¿No resulta todo esto curiosamente paradójico?

Pero volvamos a la Sentencia del Tribunal Constitucional, en cuyo fallo se estima el recurso y consiguientemente se declara la nulidad de los artículos 1.º, 2.º, 3.º, 5.º, 9.º, disposición transitoria primera y disposición final segunda de la Ley catalana. En esta Sentencia, de 28 de julio de 1981, interviene, contra lo que es uso habitual en el Alto Tribunal, una *ponencia colegiada* que estuvo compuesta por los Magistrados RUBIO LLORENTE, GÓMEZ-FERRER y ESCUDERO DEL CORRAL.

Dada su importancia, intentaremos a continuación resumir lo fundamental de su doctrina.

Para empezar, la Sentencia nos recuerda que el orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones a las que considera componentes esenciales del vigente orden constitucional, haciendo de ellas «un núcleo o reducto indisponible por el legislador». A diferencia de lo que ocurre con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en estas otras instituciones la configuración concreta se remite al legislador ordinario, «al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza». Y se añade: «por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar».

Para el Tribunal Constitucional, pues, no existe duda alguna acerca de que la Constitución garantiza la existencia de la provincia y la autonomía para la gestión de sus intereses. Lo que la Constitución no precisa es cuáles sean esos intereses ni cuál el mínimo de competencias que haya que atribuir a la provincia para su gestión; lo que sí se puede deducir de la Constitución es que esta pieza de nuestra estructura jurídico-política que es la provincia debe de aco-

modarse «a otras entidades autonómicas de nueva creación». Hay aquí una evidente referencia a la articulación entre la provincia y la comunidad autónoma que, más adelante, la sentencia se preocupa de precisar en los siguientes términos:

«Es necesario distinguir... entre las comunidades cuyo ámbito comprenda varias provincias y aquellas otras de carácter uniprovincial que puedan constituirse... En el primer caso, de acuerdo con las ideas que antes hemos expuesto, parte de las competencias que hasta ese momento fueron de las provincias pasarán a ser funciones de la Comunidad..., reduciéndose, en consecuencia, por así decir, el ámbito de competencias de la entidad provincial. Esta resultará, por el contrario, potenciada en aquellos otros casos en que bien por tener la provincia caracteres propios de región histórica (art. 143), bien en virtud de una autorización especial de las Cortes (artículo 144, a), *una sola provincia se erija en Comunidad Autónoma*, asumiendo así un superior nivel de autonomía y estando en este caso confiado su gobierno y administración a la Comunidad, tal y como permite el artículo 141,2 de la Constitución.»

Obsérvese, por consiguiente, el grado de matizaciones que la sentencia admite. Pero hay, sin embargo, una conclusión en la que nuestro Tribunal Constitucional es, como no podía ser menos, tajante: a lo que en ningún caso se puede llegar, a menos que la Constitución sea modificada, es a una desaparición de la provincia como entidad dotada de autonomía para la gestión de sus propios intereses. Y eso es exactamente lo que ocurre con la Ley catalana que se impugna, pues la Generalidad asume, según ella, la totalidad de las competencias otorgadas por el ordenamiento vigente a las Diputaciones de las cuatro provincias catalanas, pasando a depender orgánica y funcionalmente de la Generalidad en Cataluña los funcionarios a ellas adscritos.

Con lo que se ha dicho hasta aquí hay de sobra para que la sentencia se pronuncie en el sentido estimatorio del recurso, tal como lo ha hecho. Pero hay que subrayar que la Sentencia de 28 de julio de 1981 está, sin duda alguna, entre las más importantes dictadas

por el Tribunal Constitucional, lo que nos obliga en esta oportunidad a referirnos también a otros interesantes temas que son abordados por el Tribunal. Particularmente me voy a referir a los siguientes:

a) En primer lugar, y como ha señalado recientemente SANTAMARÍA, se establecen las bases para una reconstrucción del concepto de autonomía local.

Aceptando el argumento esgrimido por la representación del Parlamento de Cataluña, la sentencia admite que «la Constitución no intenta resucitar la teoría de los intereses naturales de los entes locales, que, en razón de la creciente complejidad de la vida social..., avocaría en un extremado centralismo. Pero precisamente por ello la autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias». El argumento se cierra con la siguiente significativa afirmación: «Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañe, los órganos representativos de la comunidad local *han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autónoma es posible.*»

b) Al filo de la interpretación del apartado 18 del artículo 149,1 de la Constitución, la sentencia se plantea un tema capital que atañe a la relación entre las fuentes del Derecho estatales y las de las Comunidades Autónomas: ¿qué debe entenderse por establecimiento de las bases o de las normas básicas (competencia del Estado) y por desarrollo normativo (competencia de las Comunidades Autónomas) cuando ambas potestades concurren sobre una misma materia?

La Sentencia empieza por reconocer que no siempre es fácil la distinción y que, cuando la propia Ley estatal no establece el criterio delimitador, tendrá que ser el Tribunal Constitucional quien, en su caso, lo haga. Pero inmediatamente nos hace una precisión que hay que considerar fundamental, a saber: la relación lógica entre la norma básica y la norma de desarrollo no coincide necesariamente con una relación cronológica entre ambas. Dicho de otra forma: para que la facultad normativa de la Comunidad Autónoma se ejercite, no es presupuesto indispensable que el Estado haya dictado con posterioridad a la Constitución una Ley de Bases o Ley marco como el pre-

cepto constitucional pudiese hacer pensar. Por el contrario, «la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como *noción material* y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente». Y obviamente —como el propio Tribunal ha remarcado en otras sentencias posteriores—, esa «legislación vigente» puede ser *legislación preconstitucional*; naturalmente, siempre que no haya resultado derogada por la Constitución.

3. Pudiera pensarse que ante la importante doctrina que se establece en la sentencia que se acaba de comentar, el problema de la constitucionalidad de la provincia y de la exigencia de competencias propias habría quedado resuelto de una vez por todas. El reciente e importante comentario a dicha sentencia publicado por SANTAMARÍA PASTOR nos coloca, sin embargo, en la necesidad de replantearnos de nuevo la cuestión.

Para SANTAMARÍA, en efecto, la Constitución no deja margen para una atribución de competencias exclusivas a las provincias; las competencias son o del Estado o de las Comunidades Autónomas, como se desprende de los artículos 148 y 149 de la Constitución. La única salida posible es conferirles «un nivel básico de gestión en todas las materias, cuya titularidad corresponde a los entes públicos de nivel territorial superior»; se trata de un «derecho a la titularidad de competencias formales» (reglamentarias o de ejecución) que han de coexistir con las atribuidas al ente territorial superior.

Hasta aquí, ninguna discrepancia existe entre la doctrina de la sentencia y el comentario de SANTAMARÍA. El problema surge cuando nos ofrece una interpretación constitucional que exige la recomposición del sistema de organización provincial, basándose fundamentalmente en estas dos afirmaciones: 1) Sólo existen tres niveles básicos en la organización territorial española: el Estado, las Comunidades Autónomas y los municipios. 2) Lo anterior nos fuerza a una consideración *instrumental* de la provincia y a su «relativización en cuanto entidad local». Cualquier otra interpretación de la Constitución es un puro disparate, «porque no hay Estado ni economía que la aguante».

Coincido con SANTAMARÍA en que es efectivamente un disparate pretender una interpretación constitucional de la organización territorial española con más de tres niveles básicos. Ahora bien, ¿dónde está

el disparate, en la interpretación o en la Constitución misma? Porque el razonamiento se puede hacer a la inversa; es decir, puesto que no debe haber más de tres niveles, apliquemos la interpretación restrictiva a las Comunidades Autónomas, al menos a las Comunidades Autónomas que no tienen una tradición histórica. Hace años, cuando se estaba discutiendo el proyecto de Constitución, afirmé que el defecto del que después sería título VIII de nuestra Constitución radicaba en el planteamiento básico que lo inspiraba: para resolver dos problemas históricos de España (si se me apura, dos problemas... y medio) se han inventado una docena de problemas que antes no existían.

Las bizantinas discusiones sobre si León o Segovia pertenecen o no Castilla, y el sorprendente nacimiento de la Comunidad Autónoma madrileña, no son sino el resultado —que debió de ser previsto— de la generalidad con que se concibió el «mapa de las autonomías». Contrasta con lo que hicieron los ingleses: para ellos existía el problema de Escocia y Gales; para resolverlo obviamente a nadie se le ocurrió regionalizar y conceder Estatutos de Autonomía al resto de la Gran Bretaña, concretamente a Inglaterra. Los italianos montaron su Estado regional sobre la existencia de cinco regiones con Estatuto especial y el resto sometidas a Estatutos de carácter más uniforme. Claro está que como las regiones de Estatuto especial no eran precisamente las más ricas y poderosas, nadie pudo deducir de aquí una clasificación entre autonomías de primera o de segunda división, como está ocurriendo en España.

En resumen: el hecho es que la provincia está constitucionalmente protegida y, por consiguiente, hay que declarar inconstitucional una ley que se olvide de ella. Pero ciertamente su papel en el Estado de las autonomías va a variar sustancialmente, pues el vaciamiento de sus competencias va a tener una doble causa: las transferencias de competencia —funcionarios incluidos— de la Administración del Estado a las Comunidades Autónomas (proceso descentralizador) y la absorción de competencias de las Diputaciones por las dichas Comunidades (proceso centralizador).

Es decir, y de nuevo subrayo la paradoja, las provincias son víctimas del doble proceso descentralizador y centralizador que, aunque parezca absurdo, se está dando simultáneamente en España.