

REGAP

REVISTA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Número 19

ESCOLA GALEGA DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



REGAP

REGAP: Revista Galega de Administración Pública.– N.º 0 (1992) – .–
Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 1992–
v.; 24 cm.
ISSN:1132–8371
Depósito legal: C. 1.596-91



© 1991, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Edita: ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

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

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: Gráficas Sementeira

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuadrimestral.

Solicitude de subscricións ó Editorial Galaxia.

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

REVISTA GALEGA DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

Maio - Agosto
1998

19

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 de Compostela

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 de Compostela

Vicente González Radío
Profesor titular de socioloxía da Universidade da Coruña

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

Xosé López García
Decano da facultade de Ciencias da Información
da Universidade de Santiago de Compostela

Fernando José Lorenzo Merino
Catedrático de dereito civil da Universidade de Vigo

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

Carlos Otero Díaz
Conselleiro maior do Consello de Contas de Galicia

Santiago Porta Doval
Psicólogo da Consellería de Traballo e Servicios 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 Sotelo López
Corpo de Xestión de Administración da Xunta de Galicia

Javier Suárez García
Director xeral da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia

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

Jesús Vázquez San Luis
Interventor do Consello de Contas de Galicia

Javier de Vicente Remesal
Vicerrector de profesorado da Universidade de Vigo

José Vilas Nogueira
Catedrático de ciencia política e da administración
da Universidade de Santiago de Compostela

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

Sumario

ESTUDIOS

Juan J. F. Caínzos	O proceso de reforma contable das administracións públicas segundo criterios xerenciais _____	13
Javier Prado Domínguez		
Juan José Nieto Montero	As recargas sobre impostos estatais no novo sistema de financiamento autonómico _____	35
Pedro Ortego Gil	Os proxectos progresistas das deputacións de 1842 _____	55
Antonio Javier Ferreira Fernández	Composición de los órganos de selección de los funcionarios locales: principios generales y normativa aplicable _____	95

NOTAS E COMENTARIOS

Pablo González Mariños	Sobre a creación dos xulgados do contencioso-administrativo _____	145
Francisco José Peña Castiñeira	A actuación dos gobernos no medio ambiente:	
Enrique José Varela Álvarez	políticas públicas ambientais _____	153
José Ricardo Pardo Gato	El marco constitucional de la potestad sancionadora de la Administración: la aplicabilidad de los principios del proceso penal _____	167
José A. García Trevijano	Expropiación y reversión de los terrenos. Excepciones _____	211

XURISPRUDENCIA

Carmen Camba Constenla	Articulación das funcións respectivas das comisións xulgadoras e da Comisión de revisión nos procesos de selección de persoal docente universitario e o seu control xurisdiccional (Comentario á Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia 199/1998, do 25 de marzo) _____	233
------------------------	---	-----

CRÓNICA PARLAMENTARIA

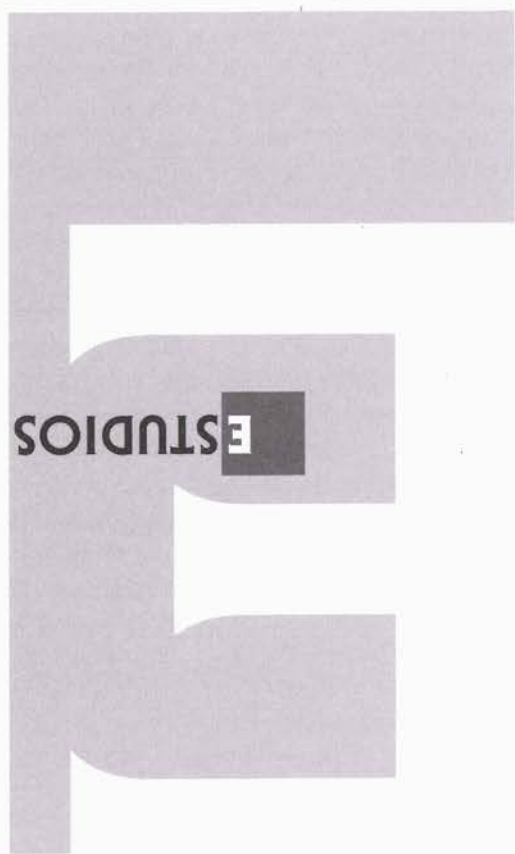
- 257 _____ A Xunta ante o Parlamento: as comparecencias
e o control da lexislación delegada Xosé A. Sarmiento Méndez

CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- 269 _____ Xornada de estudio sobre Ramón de la Sagra.
A Coruña, 1 de abril de 1998 Xosé Luís Mínguez Goyanes
- 281 _____ I Congreso hispano-italiano de dereito
penal económico.
A Coruña, 20 ó 24 de abril de 1998 José Ricardo Pardo Gato
- 309 _____ Xornadas sobre a nova Lei do réxime do
solo e valoracións.
EGAP, 27 e 28 de abril de 1998 José María Rebolledo Varela

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- 331 _____ *Comentarios a la Ley sobre el régimen del
suelo y valoraciones*
Jesús González Pérez
Edit. Civitas, Madrid, 1998 Pablo González Mariñas
- 339 _____ *III Simposio de historia da Administración pública*
Varios autores
EGAP, Santiago, 1997 Xosé Luis Mínguez Goyanes
- 345 _____ *La justice constitutionnelle en Europe*
Dominique Rousseau
Montchrestien, París, 1996 José Julio Fernández Rodríguez



O proceso de reforma contable das administracións públicas segundo criterios xerenciais

Catedrático de
Facenda Pública.
Universidade da Coruña

Juan J. F. Caínzos

Profesor titular de
Facenda Pública.
Universidade da Coruña

Javier Prado Domínguez

1. Introducción

As entidades superiores de fiscalización do sector público realizaron o seu labor, tradicionalmente, mediante a práctica de varios modelos de auditorías de legalidade e financeiras, dirixidas á verificación do cumprimento da normativa vixente e a razoabilidade dos estados financeiros. Isto significa que, dende unha perspectiva de control, a vertente financeira do gasto público se considerou tradicionalmente dun modo formal, é dicir, incluída dentro dun dereito presupostario, máis interesado polos criterios de estricteza legalidade e limitación do gasto que pola equidade e a eficiencia na súa execución. As dificultades para aceptar un dereito dos gastos públicos propio son un exemplo notorio desa realidade histórica que persiste ata datas moi recentes. Neste

sentido, pode dicirse que, durante esa etapa, o control da actividade do sector público sempre se realizara a partir da institución presupostaria, que establece un conxunto de limitacións dispostas nunha triple vertente.

A primeira é *cuantitativa* e fai referencia a que as consignacións presupostarias nas distintas partidas de gasto determinan os importes máximos que poden efectuarse. A segunda é *cualitativa* e sinala que os gastos autorizados deben axustarse con precisión ós conceptos delimitados polas consignacións. A última é *temporal* e pon de relevo que os créditos para gastos contidos nos presupostos teñen unha vixencia anual, limitada ó exercicio presupostario corrente. En resumo, o principio de especificación cualitativa, cuantitativa e temporal establece que a autorización do gasto se concede para unha determinada partida, pola cantidade indicada no presuposto e polo tempo ó que o presuposto se refire. Estas disposicións son de carácter contable e traducen o principio político de especialidade.

Sen embargo, eses mecanismos de acotamento da *discrecionalidade política* –preocupación básica do dereito presupostario clásico– reveláronse insuficientes, nos nosos días, para realizar o control da actividade económico-financeira do sector público. Un elemento principal na explicación deste feito é que o desempeño burocrático tradicional, rexido basicamente polas disposicións legais e a orde xerárquica, se viu na necesidade de cambiar cara a outro modelo distinto, no que se puidesen encaixar tanto unhas maiores doses de *discrecionalidade funcional* como unha asunción extra de *responsabilidades xerenciais* delimitadas segundo os resultados económicos.

Xa no ano 1906, na cidade de Nova York, se creou o **Bureau of Municipal Research**, co fin de realiza-la aplicación dunha nova técnica, *government research*, ou aplicación sistemática ó sector público da investigación por unha axencia privada. Trátase de promover a *eficiencia* no sector público, introducindo neste ámbito os métodos da xestión científica desenvolvidos na industria. A mediados da década dos setenta, cando Suecia decide afrontar os problemas suscitados polo crecemento incontrolado do gasto público, debido principalmente á forte expansión do seu Estado do benestar, faino dende esa óptica xerencial, sen reformularse o máis substantivo do seu sistema burocrático tradicional. A partir de entón, en numerosos países occidentais¹ emprendeuse o camiño de introducir no sector público os novos métodos xerenciais propios de moitas grandes empresas de comezos dos 80. Isto afectou de maneira importante á reforma contable das administracións públicas.

¹ Quizais sexa Nova Celandia o expoñente máis representativo da posta en práctica de novos sistemas xerenciais na Administración pública. Unha análise exhaustiva desta experiencia, pode consultarse en Scott, G.C., *Government Reform in New Zealand*, International Monetary Fund, Washintong D. C., 1996.

No contexto actual de globalización económica goza dun gran predicamento tanto técnico como popular o feito de esixir que a Administración pública minimize e racionalice a súa intervención na actividade económica. Mentres que as diferentes opcións políticas, a partir dos seus programas, discrepan sobre cál é a provisión de bens públicos que constitúe a solución a ese problema de minimización, sen embargo, non manteñen discrepancia ningunha á hora de considera-la **xestión pública eficiente** como un instrumento orientado á consecución dos obxectivos últimos de política.

Esa esixencia social dunha maior transparencia e eficacia na xestión pública fixo necesario un esforzo de superación por parte das entidades fiscalizadoras co propósito de obter a capacidade necesaria para analizar e axuizala dita xestión segundo os principios de eficacia, eficiencia e economía, que precisamente son os que lle abren a porta ó *control operativo da función xerencial*.

Por conseguinte, a maior flexibilidade da execución presupostaria así como as novas modalidades obrigatorias de transparencia e responsabilidade na *presentación de contas –accountability–* son as razóns que se atopan detrás dun control da xestión pública paralelo pero diferente á fiscalización tradicional, que, en definitiva, acaba descansando no concepto de auditoría integral² –*comprehensive auditing*–.

Esas razóns serviron para impulsar un proceso de reforma contable, ó que se asiste en España e nos demais países da Unión Europea, que potencia unha serie de cambios, tanto no que se refire á cantidade e calidade da información externa que deben facilitar as entidades públicas como ós propios sistemas de control e aclaración de contas³. Estes últimos tenden a superalo control tradicional de legalidade para orientarse non só á verificación da información financeira subministrada, senón tamén á avaliación da xestión dos fondos públicos segundo os referidos criterios de economía, eficiencia e eficacia.

Dende o punto de vista da contabilidade financeira, as tendencias observadas nos países citados con anterioridade sinalan unha clara aproximación dos principios e normas de contabilidade pública ós vixentes no *sector de mercado*. Este feito produce unha ampliación do concepto de aclaración de contas co obxecto de abarcar, ademais do estricto control de legalidade, o exame dos usos e destinos dos fondos públicos dende unha perspectiva autenticamente financeira.

En España, tanto no Goberno central como no autonómico, elixiuse un sistema de contabilidade pública converxente co uti-

² A expresión *comprehensive auditing* foi utilizada, por vez primeira, no ano 1978 por James J. MacDonell, que daquela era auditor xeral do Canadá. Ese instrumento componse dos tres mecanismos de control parcial seguintes: a) a auditoría de cumprimento ou legal; b) a auditoría financeira ou de estados financeiros e, c) a auditoría de economía, eficiencia e eficacia –*value for money auditing*–.

³ Unha análise do proceso evolutivo pode consultarse en OCDE, *Le contrôle de gestion dans les Administrations Publiques modernes: Études comparatives des pratiques*, París, 1996.

lizado no sector de mercado, e xa se previra unha presentación de contas anuais cun formato similar, aínda que cun contido informativo claramente diferente, que condiciona a análise da información financeira facilitada polas administracións públicas. En concreto, a análise dese contido, respecto da lectura e da interpretación das contas anuais, pode vertebrarse ó redor dos catro elementos básicos que a IXAE –*Intervención Xeral da Administración do Estado*–, promotora e impulsora do modelo contable actual, estableceu como os máis representativos da información contable externa: *patrimonio, situación financeira, resultado económico-patrimonial e execución do presuposto*. Precisamente, esa orientación pretende destaca-la utilidade que para o usuario externo presentan as contas anuais, para os efectos do control financeiro da actividade das administracións públicas no proceso de toma de decisións.

Xunto á reforma sinalada no ámbito da contabilidade financeira do sector público, os organismos reguladores están recoñecendo a necesidade de completa-la información contable e presupostaria con outra distinta, de contido non financeiro, que permita formar unha opinión global, máis cinxida á realidade, sobre a actividade e os logros das administracións públicas, xa que os obxectivos últimos destas entidades teñen unha orientación social ou de interese xeral, que non pode amosarse, unicamente, coa axuda dos indicadores financeiros tradicionais. Neste sentido, cabe destacar que, para representar adecuadamente a imaxe fiel dunha entidade pública, é imprescindible engadirllas ás contas anuais un conxunto de información relevante de cuestións non financeiras.

A concepción actual dos sistemas xerenciais nas administracións públicas nace co cambio de paradigma producido internacionalmente nos últimos vinte anos. Nos países desenvolvidos, produciuse a transformación dos sistemas de xestión, orientados tradicionalmente ó cumprimento dos requisitos que o control de legalidade establecía, co obxecto de que poidan facilitar información sobre a asignación e utilización eficiente dos recursos públicos.

Ese cambio de paradigma, que está transformando un sistema de administración e xestión burocráticas noutro distinto de *xestión racional dos servizos públicos*⁴, obriga a acometer reformas nas estruturas, nos procedementos e nos instrumentos de presupostación e xestión. Neste contexto, espertouse un grande interese, tanto nos *votantes-contribuíntes* como na propia Administración, pola información relevante á hora de valorar e influír nas actividades e nos servizos prestados polas entidades públicas.

⁴ Véxase Pollitt. C., *El gerencialismo y los servicios públicos. La experiencia anglo-norteamericana*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1993.

É importante sinalar que a ese repentino interese non lle son alleas as dificultades financeiras dalgúñas entidades públicas, que incrementaron a presión da opinión pública sobre políticos e xestores en demanda dunha mellor Administración e puxera de relevo a insuficiencia das estruturas tradicionais de xestión e toma de decisións.

Esa dimensión política da normalización contable no ámbito do sector público tradúcese na aparición de conflitos de intereses relevantes á hora de emitir normas contables. Estes intereses afectan, especialmente, ás relacións que sexan susceptibles de establecerse entre as persoas que preparan os informes sobre estados financeiros e os destinatarios e usuarios dos ditos informes. Respecto das implicacións políticas, que aparecen cando interveñen organismos políticos, gobernos, axencias gobernamentais ou partidos políticos co obxecto de conseguí-los seus obxectivos, a experiencia encárgase de demostrar que a posibilidade de ceder ás presións políticas é o inconveniente máis serio na emisión de normas contables por parte dos institutos desta natureza⁵.

Esta exposición sucinta do que está a acontecer na práctica, permite comprender por qué a xestión pública, seguindo un camiño paralelo ó percorrido pola función auditora no sector de mercado⁶, rematou creando un mecanismo complexo de presentación de contas, xustificativo das súas actividades, que se compón dos controis legal e contable, os de xestión económica e financeira e, finalmente, os de eficacia e eficiencia das intervencións da Administración pública.

2. As condicións para unha reforma profunda do sistema de contabilidade pública

Nos últimos vinte anos, espertouse un interese especial polos temas relacionados coa contabilidade pública en tódolos países desenvolvidos, sendo unha boa proba diso a creación de comités dependentes de organismos gobernamentais ou de corporacións profesionais, que se especializaron no desenvolvemento de sistemas de información orientados a mellora-lo proceso de toma de decisións, a xestión pública e o control das actividades públicas.

Sen embargo, o proceso e o ritmo de evolución das reformas presentan particularidades segundo os distintos países, como consecuencia dos diversos factores que impulsaron a reforma da contabilidade pública. Este feito tratárono varios autores im-

⁵ Véxanse con respecto disto, Burggraaff, J. A., "The Political Dimensions of Standard Setting in Europe" e Sprouse, R. T., "Standard Setting: The American Experience", incluídos en Bromwich e Hopwood, *Accounting Standards Setting. An International Perspective*, Pitman Books Limited, Londres, 1983.

⁶ En España, dende hai xa algún tempo, o Instituto de Contabilidade e Auditoría de Contas trata de ampliar a auditoría privada de carácter financeiro ou de regularidade legal e contable cara a un novo modelo de auditoría no que se contemple a economía e a eficiencia operativas.

plicados na análise da *elección pública*, que estudia-ron a medida en que os sistemas contables se vén influídos polas estruturas políticas e administrativas nacionais. Estes traballos han de ser imbricados no proceso de desenvolvemento de teorías máis amplas, que se ocupan do papel e da lexitimación do Estado para intervir na actividade económica do país⁷.

Mediante a análise dos comportamentos individuais de decisores e xestores pode apreciarse que estes trataron de elaborar teorías que contribúen a explica-lo proceso de xestación dun determinado sistema contable público, predici-la súa evolución potencial e identifica-las condicións para a estabilidade e a xeral aceptación do dito sistema⁸. Neste terreo, tamén cabe cita-los intentos relacionados con ese campo contable que non son exclusivos do sector público. Dende o sector de mercado, foron numerosos os autores e as teorías que trataron as causas e as dificultades de normalización contable nas empresas. A *teoría positiva da contabilidade*, a *teoría da axencia* e a *economía da información* son, quizais, as achegas máis significativas no dito terreo.

Esas teorías céntranse no estudio das razóns que explican o xurdimento e a aceptación dos principios de contabilidade xeralmente aceptados, como unha forma idónea de elaboración e provisión de información económica e financeira sobre os entes contables, que no marco de mercados eficientes contribúan ó logro dun maior benestar colectivo.

Segundo as teorías da axencia e da elección pública, na economía de cada sociedade prodúcese unha distribución desigual da información, que permite, en principio, que os axentes con acceso a esta, se beneficien, polo que tal acción vai en prexuízo dos demais usuarios potenciais da información. Nembargantes, nos sectores público e de mercado os recursos que manexan os xestores non son da súa propiedade, senón doutros axentes económicos e sociais perante os que, periodicamente, han de render contas. A interacción de intereses entre os administradores e os propietarios dos fondos foi forxando sistemas de información que lles permiten a estes últimos asegurarse de que os recursos se administran segundo os seus intereses e obxectivos. A implantación dun sistema de información contable, xeralmente aceptado, minimizaría os custos de supervisión e cumprimento das condicións que lle serviron de base á delegación do principal no axente ou xestor.

Cun enfoque máis amplo có empregado polas dúas perspectivas anteriores, a teoría da *rede contractual* sinala que os sistemas contables son o resultado de contratos entre os diversos axentes económicos, que toman como un punto de partida a in-

⁷ Unha exhaustiva exposición, respecto diso, pode atoparse en Caínzos, J. J. F., *El Estado y los contribuyentes: la resistencia fiscal*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986.

⁸ Un desenvolvemento coherente coa exposición, pode atoparse en Buschor, E., "From Advanced Public Accounting via Performance Measurement to New Public Management", en *Perspectives on Performance Measurement and Public Sector Accounting*, Paul Haupt Publ., Viena, páxs. I-XIV, 1994.

formación co obxecto de valora-la actividade das organizacións. Neste sentido, o fin último da contabilidade sería a provisión de información relevante á hora de reduci-lo risco e a incertidume das operacións económicas, o que contribúe á diminución dos custos de transacción para favorece-lo funcionamento eficiente do mercado.

En sintonía con esa teoría, a introducción dos principios de contabilidade xeralmente aceptados xustificárase por dúas razóns diferentes. Primeira, a obriga legal de render contas sobre os fondos públicos administrados e a necesidade de dispoñer de información relevante para mellora-la eficiencia e, segunda, a eficacia con que han de ser xestionados os ditos fondos. De acordo coas teorías da axencia e da elección pública, os axentes obrigados á presentación de contas serían os políticos e xestores de nivel superior, mentres que o principal estaría formado polo conxunto dos votantes-contribuíntes, que utilizarían a contabilidade pública para controla-lo desempeño dos primeiros, co obxecto de evitar que operen no seu propio beneficio.

Coa teoría da rede contractual incorpóranse á análise contable os axentes que actúan como contrapartida das intervencións económicas públicas e, por esta razón, están interesados nunha delimitación precisa do seu nivel de risco operacional cos entes públicos. Na rede contractual das administracións públicas han de incluírse, ademais, os votantes-contribuíntes pertencentes ás escalas superiores de renda e riqueza, que son contribuidores netos ó sistema de financiamento público, na medida en que é maior o valor dos impostos que pagan cás prestacións que reciben. De acordo coa teoría, eses axentes serían moi sensibles ós temas relacionados coa avaliación do custo efectivo das actividades públicas, ó demandaren a información relevante que xustifique a necesidade dos impostos que satisfan o Fisco. O **fogar público democrático** require necesariamente ese grao de transparencia.

En calquera caso, tanto os xestores públicos como os privados carecen de incentivos para facilita-la información que potencialmente demandará a sociedade para avalia-la súa xestión, debido a que o resultado de tal exame podería repercutir negativamente nas súas retribucións. Por esta razón, pode afirmarse que as normativas contables unicamente son implantables mediante a utilización dalgún mecanismo coercitivo e só chegan a ser cribles cando son escudriñadas mediante auditorías.

A adopción dun sistema de contabilidade pública baseado en principios de contabilidade xeralmente aceptados, é un medio para aumenta-lo coñecemento sobre o sector público, na

medida en que constitúe un compromiso para elaborar información relevante sobre unha base fidedigna e calculable, que reduce a incertideza e o custo de modifica-lo sistema contable cada vez que un cambio político ou unha modificación substancial na rede contractual alteran a correlación de intercambios entre os distintos axentes sociais.

As teorías sinaladas anteriormente facilitan as claves para entender tanto a evolución da literatura contable actual como as bases dos sistemas contables públicos, que están sendo implantados ou readaptados nos principais países desenvolvidos, e as liñas de evolución propostas por institucións de tanto prestixio como o IASC –*International Accounting Standard Committee*, a IFAC –*International Federation of Accountants*– e a FECE –*Federación de Expertos Contables Europeos*–.

Sobre a base desas teorías, a contabilidade pública desenvolveu un conxunto de premisas que permiten xustifica-lo paso, nun país desenvolvido e constitucionalmente democrático, dunha contabilidade inspirada no principio de caixa a outra baseada nos principios de contabilidade, xeralmente aceptados nos sistemas contables do sector de mercado, o cal pretende facilitar tanto a información económica relevante para a xestión pública como a análise da posición financeira das entidades públicas e a toma de decisións por parte dos axentes potencialmente usuarios da mesma.

Á hora de explicar ese paso, pode utilizarse con proveito un modelo⁹ que ten en conta os estímulo favorables, as variables estruturais e as barreiras que obstaculizan a implantación dun modelo de contabilidade pública.

Os estímulo recollerían os sucesos que incentivan, nos usuarios da información relativa á presentación de contas, un interese especial na mellora da información facilitada e na creación dunha corrente de diálogo cos produtores desta, co obxecto de que estes últimos atendan, coa única particularidade das excepcións legais, tódalas peticións de información relevante. Neste punto é importante preguntarse cáles son os principais estímulo que o modelo identifica como elementos especialmente favorables á implantación dun modelo de contabilidade pública en España.

En primeiro lugar, o rápido e intenso crecemento da presión fiscal directa sobre os votantes-contribuíntes co obxecto de financiar unha maior provisión de servizos públicos. Esta dinámica foi despertando o interese dos cidadáns polos temas relacionados co gasto público, na medida en que unha inadecuada xestión dese instrumento de política económica se perciba como

⁹ O modelo, baseado na análise de contingencias, débese a Lüder, K., "A Contingency Model of Governmental Accounting Innovations in the Political-Administrative Environment", en Chan, J.L. e Patton, J. M. (eds.), *Research in Governmental and Non Profit Accounting*, vol. 7, páxs. 99-127, JAI Press, Londres, 1992 e "Governmental Accounting in Germany: State and Need for Reform", *Financial Accountability and Management*, vol. 9, núm. 4, novembro, páxs. 225-234, 1993.

un determinante dunha maior presión fiscal. Ademais, o intenso proceso de descentralización, autonómico e local, do gasto público propiciou que as facendas correspondentes a estes niveis de goberno sexan as que recaden os seus respectivos impostos, feito que implica que o cidadán perciba un aumento significativo da presión fiscal.

Segundo, os escándalos financeiros, que é un termo establecido para facer referencia ós casos de uso irregular ou incorrecto, negligente ou deliberado, de recursos públicos e/ou de elaboración de información errónea sobre unha situación financeira concreta, que poden ocasionar consecuencias negativas para os votantes-contribuíntes¹⁰. Estes feitos, frecuentemente conectados con situacións de crise fiscal, crearon unha demanda significativa de información externa máis transparente, exhaustiva, veraz e fiscalizable sobre a posición financeira dos entes públicos e as súas contas, o que pon, asemade, de manifesto as deficiencias do modelo tradicional de contabilidade pública.

Terceiro, os requisitos esixidos polas axencias de cualificación financeira –*rating agencies*– en canto ó establecemento da clasificación de solvencia, segundo o risco potencial de incumprimento dos requisitos adquiridos polos entes públicos financiados nos mercados de capitais.

Cuarto, os compromisos internacionais das AAPP españolas esixen esforzos de homoxeneización e de mellora da calidade e da puntualidade na información que poden subministrar os axentes que as compoñen. A obriga de subministrarlles información a entidades supranacionais adquire cada día unha maior importancia, e pódese citar, con respecto a isto, a remisión de información ás institucións da Unión Europea, para os efectos previstos no Tratado de Maastricht, e a organismos internacionais tales coma o FMI ou a OCDE.

Quinto, a necesidade de aproxima-la métrica da contabilidade pública á contabilidade nacional, co obxecto de adecuados datos que subministra cada Administración pública ós criterios do Sistema Europeo de Contas Integradas (SEC). Este paso facilitaría a agregación e a consolidación da información derivada da contabilidade pública, ó proporcionar un sistema máis eficiente para valorar e medi-lo peso das intervencións públicas, así como facilita-lo proceso de toma de decisións no ámbito interno de cada Administración e no contexto xeral da política económica.

Por último, a actividade dos organismos reguladores externos orientada á valoración da calidade, cantidade e fiabilidade da información contable pública –principalmente, a IXAE e a

¹⁰ Algún dos casos que se produciron na realidade son recollidos en Lüder, K., "Contabilizando el cambio: Fuerzas de mercado y gerencialismo en el sector público", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 13, páxs. 213-221, 1994.

Comisión de Órganos de Control Externo no concerne, respectivamente, á contabilidade pública e á auditoría externa-, así como o interese profesional dos institutos de auditores na apertura de novas liñas de traballo e investigación en contabilidade e auditoría públicas.

As variables estruturais definirían as características dos contornos político, administrativo e social que inflúen nas actitudes relevantes dos usuarios e produtores da información contable. En España, poderían identificarse algunhas variables estruturais, claramente pertencentes ós contornos social e político-administrativo.

Con respecto ó primeiro, de carácter social, poden citarse por un lado, as modificacións no estatus socioeconómico como unha consecuencia do veloz crecemento da presión fiscal, especialmente no nivel de goberno local, que incrementou, significativamente, a demanda de información sobre estados financeiros dos entes públicos co obxecto de avalialas prestacións netas recibidas. Por outro, estaría tanto a evolución da cultura política que, a partir da aprobación da Constitución de 1978, permitiu abrialas institucións políticas á participación pública, como o proceso de descentralización do Estado, que aproximou a Administración ós cidadáns.

En relación co segundo contorno, de carácter político-administrativo, é posible cita-las políticas de formación e contratación do persoal, a cultura administrativa e a competencia política. A primeira ten en conta que, tradicionalmente, a xestión financeira das AAPP españolas a levaron a cabo funcionarios cunha formación eminentemente xurídica e só nunha época relativamente recente comezou o acceso de persoal cunha sólida formación económica e contable.

Como un reflexo dese feito, pode afirmarse que existe unha cultura administrativa variada, xa que, por un lado, estarían os xestores cunha actitude positiva perante os procesos de reforma da contabilidade pública e, por outro, os que ofrecen resistencia a eses cambios, ben sexa pola súa formación xurídica ou ben porque se especializaron no modelo tradicional de contabilidade pública.

Finalmente, as grandes doses de descentralización política e administrativa das AAPP españolas xeraron unha clara aproximación da competencia política á esfera do interese individual do cidadán, o cal se traduciu nunha maior preocupación polas contas públicas.

As barreiras terían en conta as condicións administrativas que obstaculizan a aplicación práctica e dificultan o desenvol-

vemento dun novo modelo de contabilidade pública orientado plenamente a subministra-la información demandada polos usuarios e que, incluso, nun caso extremo poden impedi-la implantación daquel.

En España, poderían citarse diversas barreiras en contra do establecemento de novos sistemas, relacionadas con varias evidencias importantes. Primeira, as características da organización, que poñen de manifesto unha elevada concentración de competencias mantidas pola IXAE en materia de regulación contable, do que se percibía unha independencia clara, e con respecto a isto, soamente no Goberno das comunidades autónomas, que, sen embargo, na práctica, están adoptando sistemas contables similares ós empregados na Administración do Estado.

Segunda, o propio sistema xurídico expresa a dificultade para flexibilizar con elementos procedentes da tradición contable anglosaxona, como son os principios de contabilidade xeralmente aceptados, un ordenamento de inspiración continental, que é o que, tradicionalmente influíu no desenvolvemento da contabilidade pública.

Terceira, o tamaño dos entes territoriais e a rixidez administrativa, xeográfica e funcional, do funcionariado dificultan a posta en marcha do proceso de innovación dos sistemas contables públicos, multiplican os problemas xerados polos cambios técnicos e incrementan os gastos de reconversión e adaptación.

En calquera caso, a pesar desas barreiras, que actúan de freo á implantación dos novos métodos contables públicos, en España, os estímulos inclinaron o fiel da balanza a favor dun proceso de cambio, que comeza a dar uns resultados importantes, tal e como se porá de manifesto a continuación.

3. O imperativo legal da normalización contable

Pode afirmarse sen erro que a base do actual sistema de contabilidade pública se atopa no proceso de modernización e reforma da Administración pública iniciado coa promulgación da Lei 11/1977 xeral presupostaria (LXP). Esta norma introduce importantes modificacións na concepción tradicional da contabilidade pública, na medida en que facilita a base xurídica necesaria para levar a cabo a dita reforma ó contemplar, xunto ós fins do control clásico, novos obxectivos de control e información, que abriron o camiño para proceder a unha normalización contable do sector público. En sintonía con esta argumentación, podería sinalarse que a situación actual do modelo

español está sendo o resultado dun intenso proceso de reformas nos diferentes niveis das administracións públicas que a penas durou vinte anos.

A entrada en vigor da LXP implica o cambio da concepción clásica da contabilidade pública, baseada exclusivamente nos criterios de legalidade e control presupostario, por unha perspectiva máis ampla que lle engade un papel informativo relevante no proceso de toma de decisións dos seus usuarios, que inflúe no deseño de sistemas orientados a proporcionar unha información concisa, oportuna, significativa e comprensible.

A LXP dispón, no seu artigo 125, que a IXAE sexa o centro directivo e xestor da contabilidade pública ó atribuírle a competencia¹¹ de *someter á decisión do ministro de Facenda o Plan Xeral de Contabilidade Pública ó que se adaptarán as corporacións, organismos e demais entidades incluídas no sector público, segundo as súas características e peculiaridades*. A aplicación definitiva do PXCP tivo lugar no ano 1986 coa implantación na Administración do Estado do Sistema de Información Contable da Administración do Estado (SICOP), que supuxo un paso trascendental na modernización do sistema contable público¹².

A partir do ano 1991, comezou un proxecto de reforma global do SICOP, no que se pretendía incorporar as experiencias adquiridas nos anos de funcionamento deste. Con este novo Sistema de Información Contable asumíanse, por vez primeira, os fins de xestión, control, análise e divulgación informativa, establecidos pola IXAE no Documento I sobre principios contables. No ano 1996, procedeuse a unha unificación das disposicións contables nunha soa instrución de contabilidade, aplicable a toda a Administración xeral do Estado, co obxecto de que a información puidese ser subministrada nun ámbito centralizado.

Na Administración institucional, a instrución de contabilidade dos organismos autónomos do Estado¹³ dispoñía a súa aplicación obrigatoria, a partir do exercicio de 1987, para os organismos autónomos do Estado. A adaptación desa instrución ó PXCP levouse a cabo mediante a Orde do 1 de febreiro de 1996 do Ministerio de Economía e Facenda pola que se aproba a Instrución de contabilidade para a Administración institucional do Estado, que pon unha énfase especial na utilidade da información contable para o proceso de toma de decisións.

O primeiro PXCP da Seguridade Social, publicado no ano 1976, foi profundamente revisado pola Orde Ministerial do 11 de febreiro de 1985 co obxecto de adaptalo ó Plan xeral de 1983, e procedeuse no ano 1992 a unha nova adaptación del. Malia que a Seguridade Social aínda non rematou de homoxe-

¹¹ As competencias da IXAE en materia de contabilidade xeral, presupostaria e analítica foron desenvolvidas polos reais decretos 215/1977 e 2145/1985. A normalización contable do sector público iniciouse coa aprobación do primeiro PXCP, en principio, cun carácter provisional, mediante a Orde do Ministerio de Facenda do 14 de outubro de 1981, e, posteriormente, dunha forma definitiva pola Resolución do 11 de novembro de 1983 da IXAE.

¹² O SICOP entrou en vigor mediante o RD 3247/1986, do 10 de febreiro. Como desenvolvemento do mesmo dictáronse as correspondentes instrucións de contabilidade relativas ós distintos tipos de oficinas contables: no mesmo 1986, para os centros xestores do presuposto de gasto, as delegacións de Facenda e a Dirección Xeral do Tesouro e Política Financeira e, no ano 1988, a Central Contable.

¹³ Aprobada pola Orde do Ministerio de Economía e Facenda do 31 de marzo de 1986.

neiza-la súa información contable coas liñas de desenvolvemento contidas no PXCP do 1994, cabe sinalar que a implantación do plan se está realizando por medio do SICOSS (Sistema de Información Contable para a Seguridade Social).

A reforma contable na Administración local ten un feito destacable na entrada en vigor das disposicións recollidas na Lei 39/1988, do 28 de decembro, reguladora das facendas locais. Este texto permitiulle á IXAE desenvolver-la instrucción de contabilidade para a Administración local, aprobada por Orde ministerial do 17 de xullo de 1990, a entrada en vigor da cal, exceptuadas as disposicións relativas á presentación de contas, se pospuxo ata o ano 1994. Desafortunadamente, a publicación do PXCP nese mesmo ano deixou parcialmente desfásada a dita instrucción, o que esixía, polo tanto, a súa adaptación ó plan. Esta situación inflúe tamén nos organismos autónomos da Administración local, que han de uni-las súas contas ás da entidade local respectiva, mentres non se realice esa modificación.

Convén sinalar aquí, que un trazo esencial das disposicións citadas ata o momento, no presente epígrafe, é que tratan de conseguir-la harmonización da información económico-financeira de tódalas administracións públicas. O PXCP configúrase como un plan marco que é aplicable nas administracións central, local e da Seguridade Social e que lles serve de referencia ás administracións autonómicas. Non obstante, é evidente que, dada a complexidade organizativa das propias AAPP, o esquema contable que o PXCP contempla non podería funcionar sen a posta en práctica dos sistemas de información contable citados.

A característica máis importante para describi-la situación na que se atopa a contabilidade pública nas comunidades autónomas é a ausencia dunha norma común, debido a que estes entes non están incluídos no ámbito de competencias da IXAE en materia de regulación.

Pola razón sinalada, cada comunidade autónoma desenvolveu a súa propia norma de xestión económica-financeira, se ben se prevé, nun prazo razoable, a aplicación do PXCP nas comunidades que aínda non o implantaron. Con este propósito, constituíuse un grupo de traballo no Consello de Política Fiscal e Económica e acordouse a realización de convenios de colaboración do Ministerio de Economía e Facenda coas CCAA para que estas harmonicen e desenvolvan as súas instrucións contables respectivas.

En xeral, pode afirmarse que as CCAA están decidíndose por modelos contables cunhas características similares ós desenvolvementos SICOP-SICAI, mentres que os seus organismos au-

tónomos van adaptándose á nova situación na medida que o fan os gobernos autonómicos dos que dependen.

O novo marco normativo da contabilidade pública pode incrementar, decisivamente, non só a *transparencia e a comprensión das nosas contas públicas*, senón tamén a *claridade do Plan Contable e as bases e mecanismos que fan posible a súa interpretación*. Está claro que uns principios contables públicos, elaborados segundo o consenso de numerosos expertos, xunto cun novo plan contable, racionalmente construído, son unhas ferramentas suficientes para que desapareza a *opacidade* –claramente inxustificada– que parecía acompañar, poucos anos atrás, calquera elaboración de información relacionada coas contas públicas do noso país.

Dunha maneira abreviada, pode dicirse que o proceso de desenvolvemento do modelo de normalización contable español constitúe un exemplo claro de confluencia entre dúas tendencias que, tradicionalmente, tenderon a separarse no ámbito da contabilidade empresarial. Por unha parte, a flexibilidade normalizadora que caracteriza os países anglosaxóns e, por outra, o formalismo regulador propio dos países da Europa continental.

A interrelación desas dúas posicións nun único sistema de información, como o definido polo plan no marco dos principios contables públicos, xunto á relevancia outorgada á información de contido financeiro, patrimonial e económico, elaborada segundo as esixencias do principio de imaxe fiel, constituirían as novidades principais do PXCP.

A énfase desta reforma contable ponse na contabilidade financeira e na información externa. As melloras do sistema estanse alcanzando coa posta en práctica dos instrumentos seguintes: a substitución do principio de caixa polo principio contable de devengo nun sentido integral; a consolidación de tódalas operacións do sector público; a publicación de informes comprensibles e a realización de auditorías que certifiquen a consecución dunha imaxe fiel e veraz nos estados financeiros.

A importancia crecente dos principios xerenciais nas accións de Goberno pon de manifesto a necesidade dun novo conxunto de ferramentas contables, que aseguren tanto a efectividade dos controis, polo menos cun grao de rigorosidade similar á esixida no sector de mercado, como a verificación de responsabilidades administrativas internas. A remodelación da normalización contable do sector público, segundo as liñas mestras do xerencialismo, está encamiñada, claramente, a mellora-la economía, a eficiencia e a eficacia do sector público.

En España, a partir da aprobación da Constitución vixente, comezan a utilizarse os termos de economía, eficiencia e eficacia na xestión pública. Por un lado, o artigo 31.2 da Constitución española, nunha clara referencia ó gasto público di que *a súa programación e execución responderán ós criterios de eficiencia e economía*.

Por outro lado, o artigo 103.1 do Texto constitucional sinala que *a Administración pública serve con obxectividade os intereses xerais e actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á lei e ó dereito*.

O contido dos dous artigos sinalados anteriormente pon de relevo dous tipos de obrigas. Por un lado, a dos xestores que han de executar os gastos públicos segundo os criterios de eficacia, eficiencia e economía e, por outro lado, a dos órganos de control interno e externo que han de opinar sobre a actuación daqueles seguindo os ditos criterios.

A Lei xeral presupostaria, no seu artigo 17.2, establece que *o preceptivo control de eficacia exercerase mediante análises do custo de funcionamento e do rendemento ou utilidade dos respectivos servizos ou investimentos, así como do cumprimento dos obxectivos dos correspondentes programas*.

O artigo 202 da Lei 39/1988, do 28 de decembro, reguladora das facendas locais, sinala que *o control de eficacia terá por obxecto a comprobación periódica do grao de cumprimento dos obxectivos, así como a análise do custo de funcionamento e do rendemento dos respectivos servizos ou investimentos*.

As diversas leis de creación dos órganos de control externo, central e autonómicos, recollen dunha maneira expresa a obrigación dos ditos órganos de manifestarse sobre a actuación da Administración de conformidade cos principios de economía, eficiencia e eficacia na xestión pública. A título de exemplo¹⁴ sinalarémo-los dous preceptos legais seguintes.

O primeiro é o artigo 9.1 da Lei orgánica 2/1982, do 12 de maio, do Tribunal de Contas, no que se sinala que *a función fiscalizadora do Tribunal de Contas se referirá ó sometemento da actividade económico-financieira do sector público ós principios de legalidade, eficiencia e economía*.

O segundo é o artigo 4 da Lei 6/1985, do 24 de xuño, do Consello de Contas de Galicia, no que se indica, na súa alínea a), a tarefa de *fiscaliza-las funcións económico-financieiras do sector público de Galicia, velando para que se axuste ó ordenamento xurídico e ó principio de racionalidade e, no apartado h), fiscaliza-lo grao de cumprimento dos obxectivos previstos...*

¹⁴ Outra lexislación salientable, no sentido en que vén desenvolvéndose no texto, sobre órganos autonómicos de control externo é a seguinte: 1.) O artigo 2 da Lei 6/1984 da Xeneralidade de Cataluña nos seus apartados g) e h); 2.) O artigo 9 da Lei foral, do 20 de decembro de 1984, da Cámara de Contos de Navarra nos seus apartados 3 e 4; 3.) O artigo 8 da Lei 6/1985 da Xeneralidade Valenciana, do 11 de maio, de Sindicatura de Contas; 4.) O artigo 7 da Lei 1/1987, da Sindicatura de Contas das Illas Baleares no seu apartado b); 5.) O artigo 9 da Lei 1/1988, do 5 de febreiro, do Tribunal Basco de Contas Públicas e 6.) O artigo 14 da Lei 1/1988, do 17 de marzo, da Cámara de Contas de Andalucía no seu apartado b).

Neste punto, é importante subliñar que é altamente significativa, a especificación, no proceso de normalización contable, de obxectivos encamiñados á determinación do resultado analítico e económico patrimonial e ó exercicio do control de eficacia, eficiencia e economía (EEE).

O mercado disciplina os entes do sector privado, na medida en que exerce como de mecanismo formador dos seus prezos de compra e venda, que son unha parte fundamental na determinación do beneficio de cada exercicio económico. Polo tanto, no sector de mercado, o propio beneficio pode considerarse como un indicador indirecto de economía e de eficiencia. Isto é así, debido a que o concepto de mercado eficiente implica, por definición, que as empresas que desexen manterse no mesmo, a longo prazo, tamén o sexan. Incluso, ese indicador podería selo de eficacia, exceptuando os casos nos que a maximización do beneficio non sexa o único obxectivo da empresa privada.

Sen embargo, con moita frecuencia, nas entidades públicas é moi difícil establecer medidas de cantidade e calidade óptimas, que han de estar presentes na provisión dos servizos públicos. Isto indicaría que operan na marxe da disciplina de mercado, sen contar co apoio de mecanismos incentivadores da redución de custos, o que se traduce nunha acentuación da propensión á ineficiencia.

A falta do mercado na realización desas provisións obriga a avalia-lo desempeño de cada entidade a partir de indicadores que han de suplir ou de aproxima-lo contido de *síntese informativa* que posúe, intrinsecamente, o beneficio económico. Polo tanto, dende esta óptica, a presentación de contas necesitaría informes financeiros distintos ós precisados polo sector do mercado.

Nese terreo, un feito destacable é que, tradicionalmente, a capacidade de xestión dos recursos das entidades públicas, polos seus propios xerentes, estivo suxeita a importantes limitacións. Neste sentido, cabe afirmar que o xerente aínda non ten a capacidade suficiente para levar a cabo unha xestión de recursos eficiente, ó verse obrigado a respecta-las limitacións das cantidades asignadas a cada unha das partidas presupostarias, de maneira que, aínda, son máis uns administradores que uns xestores dos fondos públicos.

O anterior pon de relevo a importancia de elabora-los presupostos cuns criterios de EEE previamente establecidos, debido a que a capacidade real de xestión se atoparía, de feito, nos niveis de decisión política, que non son especialmente idóneos para potencia-la implantación e o desenvolvemento dos ditos criterios.

Nestas circunstancias, os principios de contabilidade xeralmente aceptados resultan insuficientes para realizar unha avaliación baseada nun conxunto de parámetros aproximativos da EEE logradas por unha entidade pública. A contabilidade pública ha de prever que esa avaliación se realice como unha parte integrante da presentación de contas nun sentido amplo, co obxecto de que se poida controlar non só a honorabilidade dos xestores, senón tamén os niveis de EEE con que se xestionan os recursos públicos.

Polo tanto, produce unha certa extrañeza que as medicións relacionadas coa EEE unicamente se trataron como obxectivos nas políticas de mellora dos sistemas de control, sen que reciban unha consideración adecuada polas que se ocupan da xestión pública, xa que o sistema contable debe facilitarlle ó xerente a información relevante para que xestione segundo os principios de EEE. En concreto, isto implicaría que as actividades xerenciais –*performance review*– e as auditorías operativas –*value for money audits*– xerasen consideracións, indicadores e observacións, susceptibles de integrar unha síntese informativa que puidese ser utilizada con proveito polos xestores e os auditores das entidades públicas. Evidentemente, con esta afirmación recoñécese a importancia de coordinar dous grupos distintos de profesionais: os xestores, que han de procura-lo logro da EEE, e os auditores, que han de axudar nesa tarefa os anteriores e garantirles que realmente cumpren os obxectivos de EEE.

Tanto a determinación dos custos e o rendemento dos servizos públicos coma o establecemento dos controis de EEE necesitan da implantación dunha contabilidade de custos e unha conta de resultados segmentada por servizos. A determinación do éxito ou do fracaso dunha entidade pública respecto do cumprimento dos obxectivos establecidos nun programa concreto, establecido segundo unha perspectiva netamente financeira, podería conseguirse a través da propia execución do presuposto. Desafortunadamente, esa conta de resultados funcional, que permitiría coñecer os custos dos servizos cun criterio de devengo, queda sen ningunha posibilidade de desenvolvemento ó clasificar os gastos pola súa natureza.

Por conseguinte, a partir da análise efectuada anteriormente, pode afirmarse que a xestión pública debe realizarse seguindo os principios de eficacia, eficiencia e economía, aínda que, hoxe por hoxe, este propósito está resultando difícil levalo á práctica en tódolos ámbitos das administracións públicas. Esta posibilidade de avaliación só se atopa aberta ós órganos de control internos e externos que deben emitir opinión sobre o cumpri-

mento dos ditos principios e, en consecuencia, efectua-las recomendacións positivas ou negativas que sexan pertinentes.

4. A implantación dos sistemas de control xerencial no ámbito público

Na introducción deste capítulo indicárase que a Administración pública podía interpretarse como un ente cun poder discrecional de decisión que tiña que cinxirse a uns controis específicos co obxecto de limitalo. Eses controis, ademais de desempeñar unha función de fiscalización, xeran unha valiosa información á hora de avaliar e deseñar propostas de mellora das actividades económicas da Administración pública.

Tradicionalmente, o instrumento de fiscalización baseouse, principalmente, en dous modelos de control público. Por un lado, o baseado nos principios de *legalidade* e de *regularidade contable*, que unicamente pretenden demostra-la adecuación do gasto público ós mandatos lexislativos. Por outro, o *financeiro* que recae sobre os fluxos de gasto, que representan os custos da actividade pública. Este control é máis amplo cós dous anteriores e esténdese a tódolos aspectos da actuación económico-financieira do ente que sexa obxecto de control.

Como unha consecuencia do aumento do volume e a complexidade do sector público e da perda progresiva de rigorosidade presupostaria e contable, o control financeiro lexislativo dexenerou nun exercicio simplemente formal. As discusións parlamentarias redúcense, cada vez máis frecuentemente, a simples debates entre uns poucos expertos sobre cuestións irrelevantes, consideradas dende unha perspectiva global. Así pois, non é desatinado afirmar que, dende hai bastante tempo, o control financeiro o exerceron, realmente, as unidades centrais do Poder executivo.

Paralelamente, o Poder executivo potenciou as estratexias destinadas a evita-los controis financeiros rigorosos. Esas estratexias inclúen o traslado dunha parte importante das operacións a ámbitos cun control menos rigoroso, mediante técnicas de *fuga presupostaria*, *ocultación* de cargas financeiras futuras ou de *contabilidade creativa*.

Esas insuficiencias operativas do sistema tradicional de control financeiro e a incorporación do xerencialismo ás tarefas de goberno puxeron de manifesto a necesidade dun novo conxunto de ferramentas contables, que aseguren o control xerencial e a responsabilidade administrativa e melloren a información externa.

No deseño dese novo conxunto, hai que ter en conta que a auditoría financeira é un instrumento insuficiente para realizarlo control de xestión nas empresas do *mercado* ou nos entes do *non mercado*, posto que é necesario completalo coa realización de auditorías operativas ou de xestión –*EEE's performance audits*–, a finalidade das cales se encontra máis na avaliación da eficacia e da eficiencia da organización á hora de xestionar os medios dispoñibles que na emisión de opinión sobre os estados contables e presupostarios dunha entidade concreta.

Esas auditorías defínense como unha avaliación independente e sistemática da EEE a través de todos ou parte dos programas, operacións ou actividades dunha entidade pública. A estes instrumentos sonlles de aplicación ás actuacións levadas a cabo co obxecto de examinar e de informar sobre a idoneidade dos sistemas de xestión, controis e prácticas, incluídos os dirixidos ó control e á salvagarda dos activos, así como aquelas que tratan de avaliar a racionalidade na xestión dos recursos e a eficacia dos programas e das actividades dunha entidade pública concreta.

Os obxectivos básicos das auditorías de EEE son en primeiro lugar, proporcionarlle ó Parlamento información sobre a economía, eficiencia e eficacia dos entes que reciben fondos públicos e, en segundo, identificar alternativas e estimular os entes auditados na adopción de medidas tendentes a mellorar os sistemas xerenciais e o control destes. O proceso utilizado pola auditoría operativa nos entes públicos garda un certo paralelismo co desenvolvemento da auditoría financeira, na medida en que o exame do control interno permite determinar o alcance e a extensión das probas substantivas, mentres que na auditoría operativa, o resultado da análise do control de xestión establece a exhaustividade que o exame lles dará ás áreas problemáticas.

En España, a medida que se vai afianzando a contabilidade financeira e de custos nos diversos entes públicos e se vai desenvolvendo o modelo de xestión por obxectivos estase preparando o terreo para a extensión das auditorías operativas, que, como se indicou anteriormente, están previstas na Lei orgánica do Tribunal de Contas, na Lei reguladora das facendas locais e nos respectivos estatutos de autonomía das comunidades autónomas como instrumentos significativos de control do gasto público.

Non obstante, o impulso xerencial require do compromiso de toda a Administración pública e debe realizarse dende diversos órganos de dirección, principalmente, no caso español, dende

os ministerios de Economía e Facenda e de Administracións Públicas, poñendo de manifesto a necesidade de promocionar, dende as máis altas instancias, este tipo de políticas.

Nese contexto, o control externo realízao o Tribunal de Contas¹⁵ que, constitucionalmente, desempeña o papel de *supremo órgano fiscalizador das contas e da xestión económica do Estado, así como do sector público*, nunha dependencia directa das Cortes Xerais, co obxecto de examinar e comproba-la Conta Xeral do Estado e realizar un control de legalidade, eficiencia e economía, por delegación das mesmas, unha vez finalizado o exercicio presupostario.

A diversidade de entes e votantes-contribuíntes interesados na rendición dese control dá lugar a que a fiscalización externa do sector público se rinda ó poder lexislativo, mediante un órgano do Estado técnico e independente. Na actualidade, esa fiscalización, ademais dos compoñentes de legalidade e contable, está comezando a incorpora-la avaliación selectiva da EEE.

No tocante a esa última misión, é salientable a necesidade de lograr unha separación clara dos aspectos técnicos e avaliativos respecto dos criterios políticos. A avaliación económica da xestión pública debe corresponderlle, nun nivel de control externo, ó Tribunal de Contas, mentres que a valoración política das actuacións públicas ha de ser competencia do Parlamento.

Finalmente, a modo de recapitulación, é importante preguntarse, ¿en que medida o cambio cara a unha contabilidade xerencialista podería implicar un debilitamento do control financeiro e, polo tanto, erosiona-la posibilidade de control que, nun Estado constitucionalmente democrático, poden exercer os contribuíntes?

A resposta a esa pregunta ha de ter en conta que o xerencialismo pretende separa-las decisións políticas –con propósitos estratéxicos– das decisións xerenciais –con propósitos operativos– e acrecenta-la autonomía do executivo nas materias de xestión por conta do poder lexislativo.

Se se acepta, por un lado, que a contabilidade empresarial pode revela-los diferentes efectos das decisións estratéxicas e operativas e cuantificalos dun modo adecuado e, por outro lado, que os lexisladores son capaces de enfrontarse con ese cambio fundamental na cultura do control, os criterios da xestión empresarial ofrécenlles ós parlamentos a oportunidade de concentrarse nos problemas que realmente teñen transcendencia política e deixarlle os detalles operativos da súa posta en práctica ó Executivo.

¹⁵ É importante sinalar que tanto o Defensor do Pobo como as sindicaturas de contas das comunidades autónomas desempeñan funcións de control externo.

Sen embargo, o logro dos obxectivos citados é unha cuestión empírica que aínda está lonxe de resolverse, debido a dúas razóns fundamentais. Primeira, a contabilización dos efectos das decisións estratéxicas segundo os seus propios resultados encóntrase só nunha fase de proba e, segunda, a análise do comportamento dos lexisladores no ámbito xerencial dispón, polo momento, dunha evidencia non concluínte¹⁶.

Nese sentido, nos entes públicos, a medición do concepto xerencial de beneficio social preséntase complicada e subxectiva, o que dificulta a obtención de indicadores de *outputs* que gocen dunha aceptación xeneralizada. Para os efectos do control xerencial, parece moi complexo o propósito de compatibilizalos conceptos de rendición de contas cos de avaliación da EEE.

Para iso, sería necesario adecualos sistemas de control de legalidade e financeiro co fin de que incentiven unha xestión eficiente, compatible coa función tradicional de Administración dos fondos públicos. Nestes momentos, os mecanismos de esixencia de responsabilidade social e de control das actuacións públicas aínda continúan limitándose, practicamente, á simple presentación de contas con fins, principalmente, de responsabilidade legal, que examina a execución dos programas públicos, sen sancionalo incumprimento dos obxectivos previstos ou o desempeño ineficiente na utilización dos recursos públicos.


Parece evidente que, dados os problemas sinalados anteriormente, as liñas de reforma continuarán por un lado, co reforzo e a mellora dos controis de legalidade e financeiro e, por outro lado, coa potenciación do control de resultados. Este último é un instrumento esencial da xestión pública, posto que a organización administrativa ha de executar as directrices políticas con criterios efectivos de custo real.

En definitiva, as administracións públicas han de obter a máxima produtividade dos recursos empregados nas súas actividades, para o permitilo control dos mesmos responsabilizalos xerentes dos resultados obtidos no seu desempeño xerencial e establecer mecanismos de recompensa e de penalización.

Un punto de partida atópase na utilización de sistemas de presupostación por obxectivos, que permiten aplicar os conceptos e as técnicas xerenciais e avalialos niveis alcanzados de EEE, co obxecto de mellorar tanto a formulación de políticas concretas como a aplicación masiva das técnicas xerenciais para conseguir un sector público máis productivo.

A viabilidade do sistema de control xerencial mediante obxectivos require un cambio cultural significativo, orientado cara

¹⁶ Véxase evidencia en Pina, V. e Torres, L., "An International Comparison of Governmental Annual Reports", *Research in Governmental and Nonprofit Accounting*, vol. 6, páxs. 123-146, 1996.

á mellora da calidade dos servicios públicos, que condiciona a súa implantación dende o inicio, incluso no proceso de determinación de obxectivos claros e medibles para cada programa, así como o deseño dos indicadores máis adecuados. En calquera caso, o desenvolvemento do modelo xerencial, que descansa na introducción de sistemas adecuados de incentivos e penalización e na definición dunhas liñas claras de responsabilidade xerencial, depende da vontade política, sen o concurso da cal o dito modelo podería converterse nun conxunto de simples declaracións de intención. 

As recargas sobre impostos estatais no novo sistema de financiamento autonómico

Doutor en dereito.
Área de dereito financeiro
e tributario.
Universidade de
Santiago de Compostela

Juan José Nieto Montero

1. Introducción. Aspectos normativos

A reforma do financiamento autonómico, levada a cabo pola LO 3/1996, do 27 de decembro, de modificación parcial da Lei orgánica 8/1980, do 22 de setembro, de financiamento das comunidades autónomas (LOMPOFCA), e completada pola Lei 14/1996, do 30 de decembro, de cesión de tributos do Estado ás comunidades autónomas e de medidas fiscais complementarias, veu incidir en practicamente tódolos medios de que poden dispor as CCAA para obter ingresos, xa dun modo directo, xa de forma indirecta. No dito marco, preténdese, neste traballo, realizar unha análise xurídica da figura das recargas autonómicas sobre os impostos estatais como medio de financiamento das comunidades autónomas, cunha especial atención á incidencia que tivo sobre as recargas a reforma normativa á que nos referimos.

A primeira referencia positiva ás recargas atopámola, como resulta lóxico, no texto da Constitución española, que enumera, entre os medios de que deben nutrirse as facendas autonómicas, no seu artigo 157.1.a) as “recargas sobre impostos estatais”, e cita estas entre os impostos cedidos e as “outras participacións nos ingresos do Estado”.

Seguindo o texto da Constitución, a Lei orgánica 8/1980, do 22 de setembro, de financiamento das comunidades autónomas (LOFCA), recolleu no seu art. 4.1 a enumeración das vías de financiamento deses entes, e cita na súa letra d) “as recargas que puideran establecerse sobre os impostos do Estado”. A única diferenza que atopamos entre este texto e o constitucional, na marxe dos aspectos gramaticais, está no feito de que na LOFCA se desvincula, polo menos formalmente, a recarga dos impostos cedidos e das participacións nos ingresos do Estado, contemplados respectivamente nas letras c) e d) do mesmo precepto. Sen embargo, o texto deste precepto foi modificado pola LOMPLOFCA. Na actualidade, a alínea d) do n.º 1 do artigo 4 da lei queda redactada como “as recargas que puideran establecerse sobre os tributos do Estado”. Estamos, *prima facie*, perante unha ampliación dos posibles obxectos da recarga, en canto da estricteza da noción de imposto, recollida na lexislación anterior, pasamos á máis ampla de tributo, que engloba xunto cos impostos as taxas e as contribucións especiais. O que non queda moi claro, polo menos de inicio, é o axuste desta nova redacción ó texto da Constitución, que como vimos limita as recargas ós impostos estatais. Sobre este punto volveremos posteriormente. Por outra parte, o réxime do establecemento de recargas atópase no art. 12 da LOFCA, tamén reformado pola LO 3/1996, precepto sobre o que nos centraremos con posterioridade.

Por último, hai que facer referencia á recepción da figura das recargas nos estatutos de autonomía das distintas comunidades autónomas. Con respecto a isto, sinalou Ferreiro Lapatza que “la comparación de las normas que regulan los recargos en los Estatutos de régimen general sólo puede evidenciar su absoluta identidad y la repetición” da normativa da Constitución e, de se-lo caso, da LOFCA¹. Estas referencias estatutarias, como tamén pon de manifesto este autor, veñen en realidade petrifica-lo sistema, e dificultan “los cambios que se considere conveniente realizar en el sistema de financiación de las autonomías”². Este suposto cremos que se produciu, dado o cambio operado na LOFCA, que amplía as posibilidades de recargas, polo menos nunha primeira visión, a tódolos tributos, mentres que os estatutos de autonomía a limitan ós impostos estatais. Por iso, haberá que dubidar

¹ Vid., FERREIRO LAPATZA, J.J. *La Hacienda de las Comunidades Autónomas en los diecisiete Estatutos de Autonomía*, Generalitat de Catalunya-EAPC, Barcelona, 1985, páx. 167. Os textos dos distintos estatutos sobre recargas poden verse na mesma obra, nas páxs. 164-167.

² *Ibid.*

da viabilidade do novo texto da LOFCA en tanto non se reformen en idéntico sentido os estatutos de autonomía.

De todos modos, cremos que, aínda que o concepto de recarga, se o apelidamos como medio de financiamento autonómico, está suficientemente claro, non resulta fácil de definir nin, moito menos, deslindalo de figuras afíns e determina-la súa natureza xurídica. Así, pois, cremos que o primeiro punto de enfoque ha de ser centra-la noción de recarga á que nos referimos para, posteriormente, entrar na análise do seu réxime xurídico.

2. O concepto de recarga e a súa natureza xurídica

Como dixemos, a definición do que sexa a recarga viranos delimitar con maior precisión o ámbito no que pode desenvolverse esta figura, así como, de se-lo caso, explica-las posibles contradicións normativas ás que fixemos referencia.

Neste sentido, o primeiro que hai que subliñar é que, a diferencia doutras figuras, a recarga non se define nas normas tributarias, en especial, a LXT, que –como norma xeral que é– adoita defini-las distintas figuras ás que fai referencia. Esta solución foi cualificada como «prudente» por Cazorla Prieto, posto que desta forma, ademais de evita-las dificultades inherentes a toda definición, evítase tamén a rixidez ou a petrificación da figura³.

Emporiso, a doutrina sinalou que de recargas pode falarse en distintos sentidos, co que o primeiro paso que debemos dar é a delimitación de a qué nos referimos neste momento. Así, o art. 58 da LXT inclúe como elementos da débeda tributaria, no seu parágrafo 2º, tres referencias a recargas, o que nos fai pensar en figuras diferentes. Desta forma, a súa letra a) refírese ás “recargas esixibles legalmente sobre as bases ou as cotas, xa sexan a favor do Tesouro ou doutros entes públicos”, a letra b) menciona as “recargas previstas na alínea 3 do artigo 61 desta lei”, e a letra d) fálanos da “recarga de apremio”. Desta distinción legal, pode deducirse, por unha parte, a existencia dunhas recargas establecidas por lei sobre as bases ou as cotas dun tributo xa fixado previamente, e que poden ser ben a favor do mesmo ente, ben doutro ente distinto. Son as que poderíamos chamar recargas de natureza tributaria. Por outra parte, estarían as recargas que poderían denominarse de demora e de constrinximento, cunha natureza sancionatoria-indemnizatoria⁴.

De todas estas categorías de recargas, só nos interesan as primeiras, é dicir, as que teñen natureza tributaria. E dentro delas,

³ CAZORLA PRIETO, L. M^a, *Recargos e impuesto sobre la renta de las personas físicas*, Editorial La Ley, Madrid, 1986, pág. 26.

⁴ Vid. GARCÍA FRÍAS, M^a. A., *La financiación territorial mediante recargos: un análisis jurídico*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1994, pág. 28-29.

só nos corresponde aquí o estudo daquelas establecidas por outros entes distintos do titular do tributo-base. Por outra parte, como sinalaron algúns autores, as recargas tributarias establecidas polo propio titular do tributo recargado non son, en realidade e dada a identidade de feitos impositivos, bases e suxeitos activo e pasivo, máis que supostos de cotas de formación complexa ou alícuotas incrementadas⁵.

Unha vez delimitado o obxecto de análises ás recargas establecidas sobre tributos doutros entes, pode achegarse unha definición da figura, e para estes efectos é válida a que nos ofrece López Díaz, quen define as recargas "como prestacións coactivas, pecuniarias, establecidas sobre un tributo preexistente, constituidas por unos elementos propios y otros comunes al tributo base. Prestaciones que no constituyen la sanción de un acto ilícito y que han de establecerse por aquellos entes públicos a los que la Constitución y las leyes conceden tal poder, y se hacen efectivas mediante el desarrollo de la actividad financiera de la Administración"⁶.

Á hora de determina-la natureza xurídica da figura, hai que dar diversos pasos lóxicos. Por unha parte, parece evidente, como sinalou maioritariamente a doutrina, o seu carácter tributario, en canto prestacións coactivas, pecuniarias e non sancionatorias, a favor dun ente público⁷. Ademais, que coincidan o feito impositivo do tributo base e da recarga fará que este siga a natureza daquela, que por definición será tributaria⁸. Agora ben, se estamos perante unha obriga tributaria, hai que determinar, como segundo paso na fixación da natureza xurídica das recargas, de qué tipo de obriga tributaria se trata, é dicir, en cál das categorías tributarias existentes encaixa a figura. Para tal fin, só caberá integra-las recargas nos conceptos de imposto, taxa ou contribución especial.

Para proceder a tal adscrición, será paso necesario determinar se a obriga tributaria que xorde a título de recarga constitúe unha única obriga para o particular, xunto coa relativa ó tributo base ou, pola contra, se trata de obrigas diferentes e separables. En todo caso, a doutrina inclinouse por pensar, ó noso xuízo con razón, que para determinar se estamos perante unha única obriga ou se, polo contrario, se trata de obrigas diversas, haberá que atende-los suxeitos activos da mesma, por canto por definición tanto os suxeitos pasivos como o feito impositivo e as normas de cuantificación do mesmo coinciden. Así, díxose que se coinciden o suxeito activo da recarga e o do tributo base, estaremos perante unha única obriga, mentres que se non coinciden os suxeitos activos (que é o caso que a nós nos interesa),

⁵ *Vid.*, *Ibid*, páx. 40-43.

⁶ LÓPEZ DÍAZ, A., "Régimen jurídico de los recargos de las Comunidades Autónomas", en *RHAL*, n.º 52, Madrid, 1988.

⁷ *Vid.*, por todos, GARCÍA FRÍAS, M^a. A., *La financiación territorial...* cit., páx. 29 (recolle as principais opinións doutrinarias respecto disto na nota n.º 22).

⁸ *Vid.*, LÓPEZ DÍAZ, A., "Régimen jurídico..." cit., páx. 52-53.

existirán diversas obrigas, autónomas entre si, pero non totalmente independentes, senón que, seguindo a clasificación de Berliri, se falou da existencia de obrigas coligadas⁹.

Se seguímo-lo mesmo fío argumental, á hora de encadrar dentro dunha das figuras tributarias típicas a recarga, habería que soste que, dada a identidade de feitos impositivos, a recarga terá a mesma natureza de imposto, taxa ou contribución especial que teña o tributo base sobre o que se establece. Así o entenderon moitos autores, para os que a natureza xurídica da recarga será a mesma do tributo base¹⁰. Se ben se sinalou que, dado que a Constitución e a LOFCA limitaban a posibilidade de establecemento de recargas ó ámbito dos impostos, só podería falarse de recargas como impostos. Sen embargo, esta distinción, que nun principio podería ser puramente teórica, adquire maior importancia dende a reforma daquela lei, por canto agora, polo menos dende un punto de vista literal, será posible o establecemento de recargas sobre tódalas clases de tributos. E ante tal posibilidade, consideramos máis acertada a opinión de García Frías, que tras analizar diversas circunstancias chega á conclusión de que a recarga establecida por outro ente terá sempre a natureza de imposto.

Neste sentido, esta autora recorre á análise da imposibilidade do establecemento de recargas sobre taxas e contribucións especiais, non xa dende un aspecto normativo, senón dende o punto de vista da configuración teórica da figura. Así, as taxas e as contribucións especiais vincúlanse a unha certa actividade administrativa que dá lugar á súa exacción, polo que unha entidade que non realiza esa actividade non poderá recargar. Como moito, pode darse o feito de que dúas entidades presten conxuntamente o servizo que dá lugar á taxa ou á contribución especial, pero nese caso, se as dúas proceden ó cobro correspondente, estarase en todo caso perante dúas taxas ou contribucións¹¹. Dende outro punto de vista, o establecemento dunha recarga por un ente distinto do que presta o servizo ou realiza a obra, no caso hipotético de poder producirse, non seguiría a natureza de taxa ou contribución, por canto non se ligaría á prestación do servizo. Todo o máis, nese suposto, estaríase establecendo un imposto, que debería responder a unha capacidade económica que se poría de manifesto na recepción do servizo ou nos beneficios derivadós da obra pública.

De todos modos, dixemos xa que a LOFCA limitaba, nun primeiro momento, como a Constitución, a posibilidade de establecer recargas ós impostos. Sen embargo, na actualidade, aínda que a referencia se realiza ós tributos, entendemos que esta ten

⁹ Cfr., LÓPEZ DÍAZ, A., "Régimen jurídico...", cit., páx. 57 e segs. Así mesmo, GARCÍA FRÍAS, M^a. A., *La financiación territorial...* cit., páx. 30-35.

¹⁰ Vid., CAZORLA PRIETO, L. M^a, *Recargos e Impuesto...* cit., páx. 51. LÓPEZ DÍAZ, A., "Régimen jurídico...", cit., páx. 55.

¹¹ Vid., GARCÍA FRÍAS, M^a. A., *La financiación territorial...* cit., páx. 38-40. Esta autora prefire, neste sentido, a denominación de «sobreimposto», á que chega por similitude coas expresións do dereito comparado, fundamentalmente as de *sovrimposte italiana* e a de *Steuerzuschlag alemana*. (Vid., páx. 24-25).

que ver, simplemente, coa problemática derivada do establecemento de recargas autonómicas sobre a taxa sobre o xogo, que como tributo cedido sería susceptible de recargarse. Non obstante, como veremos posteriormente, parece posible defender que a tributación sobre o xogo ten en realidade natureza impositiva, polo que se pode afirmar que as recargas autonómicas, aínda coa nova redacción da LOFCA, se limitan no seu establecemento ós impostos estatais, polo que tampouco caberá normativamente recargar taxas ou contribucións especiais.

Finalmente, cremos que podería darse un paso ulterior na delimitación da natureza xurídica das recargas, como fai Cors Meya. Para este autor, o feito de que a recarga teña natureza impositiva, unido a que o seu establecemento é unha potestade libre da propia Comunidade Autónoma, fan que esteamos ante un imposto que perfectamente podería cualificarse como imposto propio da Comunidade, se ben no seu establecemento, pola propia esencia da figura (porque se trata dun feito impositivo xa gravado polo Estado) esta verase suxeita a límites distintos na configuración da recarga dos que tería para o establecemento dun imposto propio¹². Esta idea recollíase tamén na Memoria do proxecto de lei, que expresamente sinalaba que “el área de la imposición autónoma está constituida no sólo por aquellos tributos que se aproban en sus respectivas asambleas legislativas, sino que en el es posible incluir los recargos que este órgano de representación establezca sobre los impuestos estatales cedidos o no cedidos. Estes recargos, en este caso, actúan como impuestos propios establecidos sobre iguais bases que las gravadas por el Estado”¹³.

Sen embargo, esta última argumentación, que en principio parece correcta e lóxica, presenta ó noso xuízo un inconveniente no seu desenvolvemento: se sostemos que as recargas son impostos propios da Comunidade Autónoma, habería que entender que lles son aplicables os límites contemplados para aqueles no art. 9 da LOFCA, como sinala o propio Cors Meya. Na opinión deste autor, “cualquier recargo autonómico sobre un impuesto ha de respetar lo preceptuado en el artículo 9º de la LOFCA y no sólo porque en este artículo se delimita el ámbito de los impuestos propios, en el que el recargo es una modalidad, sino, y fundamentalmente, porque en su desarrollo, el artículo 9º, reproduce muy fielmente, quizá con más nitidez que ningún otro artículo de la LOFCA, la disposición del apartado 2 del artículo 157, que ha de respetar lógicamente todo tributo autonómico”¹⁴. Sen embargo, tal conclusión, que este autor lles aplicaría ás recargas, polo que se deduce, aínda sen consideralos

¹² CORS MEYA, F. X., “Los recargos y los impuestos propios de las Comunidades Autónomas”, en *Civitas-REDF*, n.º 59/1988, páx. 412 e 422.

¹³ MINISTERIO DE ECONOMÍA E FACENDA, *Lei Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas. El debate en las Cortes Generales*, Dirección Xeral de Coordinación coas facendas territoriais, Secretaría Xeral Técnica, Servicio de Publicacións, Madrid, 1982, páx. 96.

¹⁴ CORS MEYA, F. X., “Los recargos...”, cit., páx. 421.

tributos propios, daría lugar á imposibilidade da existencia de recargas sobre os impostos estatais sobre a renda ou o patrimonio, dado que estes non discriminan en función da localización das fontes de renda ou dos bens integrantes do patrimonio¹⁵. Non obstante, hai que ter presente que esta argumentación a rexeitou expresamente o TC na súa S. 150/1990, do 4 de outubro, como veremos ó analiza-los límites para o establecemento de recargas.

Por outra parte, consideramos que tal solución, aínda resultando lóxica, parece excesivamente drástica, por canto se o lexislador da LOFCA quixese aplicár-lle-los mesmos límites ós tributos propios e ás recargas, faríao constar expresamente. As diferentes limitacións establecidas para ámbalas figuras fannos pensar que, en realidade, o lexislador está pensando que as recargas non operan como tributos propios e que, polo tanto, os seus límites estarán no respecto á configuración do imposto-base, e non nos do art. 9 da LOFCA, que virían complicar excesivamente a potestade autonómica de establecer recargas, xa de por si pouco desexada polas CCAA debido ó seu carácter impopular.

Por iso, entendemos que cabe falar de dúas posibilidades: ou ben se considera que a recarga é un tributo propio da Comunidade Autónoma, pero cuns límites e esixencias distintos ós do resto dos tributos propios, ou ben, dadas precisamente esas diferencias, entender que a recarga é unha figura tributaria, de natureza impositiva, pero que non entra no ámbito dos tributos propios, dos que se diferencia non só nas limitacións que xogan á hora de establecelo (o respecto a feitos impositivos xa definidos polo Estado), senón tamén no ámbito ó que poden alcanzar (bens situados ou rendas producidas fóra do ámbito da Comunidade Autónoma). En definitiva, calquera das dúas solucións íanos levar ó mesmo punto, co que –de non soste-la condición de tributo propio e, por iso, a aplicación dos límites do art. 9 da LOFCA– resultanos indiferente o feito de dar este último paso da súa integración nos tributos propios ou simplemente deixa-la recarga como sobreimposto, obriga tributaria de natureza impositiva, pero que, por partir de feitos impositivos xa definidos polo Estado, non alcanza a condición de tributo propio.

Se partimos de todos estes aspectos, estamos en condicións de explica-las diferentes esixencias e límites contemplados na normativa da LOFCA á potestade autonómica de establecer recargas sobre impostos estatais e a incidencia que a LOMPLOFCA tivo sobre eles.

¹⁵ Para solucionar-la posible contradicción entre a posibilidade de establecer recargas sobre estes impostos, recoñecida no art. 12 da LOFCA, e os límites derivados do art. 9 –como concreción do art. 157 da CE– este autor propón o establecemento da recarga sobre todo o imposto, e correspóndelle á Fcenda autonómica só a parte proporcional ás rendas ou bens vinculados ó seu territorio, polo que o resto pasará a unha especie de fondo intercomunitario, que se repartirá entre tódalas CCAA (*Ibid.*, páx. 422). Sen embargo, entendemos que coa renda non debería atenderse a tales circunstancias, posto que a renda se predica en relación cun suxeito concreto, que é o que estará vinculado á CA respectiva, con independencia de onde estean situadas as fontes de renda.

3. A potestade de establecer recargas: esixencias e límites

Segundo dixemos, a Constitución española outórgalles ás CCAA, no seu art. 157 a) a potestade de establecer recargas sobre os impostos estatais, se ben lle encarga o desenvolvemento do exercicio desta posibilidade a unha lei orgánica, que non será outra que a LOFCA. O ámbito no que poden desenvolverse as recargas será pois, o marcado por esta lei orgánica, concretamente no seu artigo 12. Da análise de ámbolos preceptos, así como das sentencias do TC 150/1990, do 4 de outubro, e 296/1994, do 10 de novembro, que analizan o tema das recargas, dedúcense os diversos aspectos do réxime xurídico desta figura, para a comprensión da cal haberá que prestar atención, en todo caso, ás consecuencias que se deriven das implicacións que a súa natureza xurídica supoña.

Dentro deste réxime xurídico haberá que atende-las seguintes circunstancias: a potestade para establecer recargas e forma de exercicio, o ámbito obxectivo das recargas, é dicir, cáles son os tributos recargables, e os límites á potestade de recargar, fundamentalmente atendendo ós principios constitucionais aplicables ás recargas.

3.1. Potestade para establecer recargas e forma de exercicio.

Tanto do texto do art. 157 da CE, como do art. 12.1 da LOFCA¹⁶, dedúcese con claridade que o establecemento de recargas é unha potestade libre que posúen as comunidades autónomas, que só deben respectar, no exercicio desa, os límites derivados da propia normativa, fundamentalmente os concretados no precepto da lei orgánica, no sentido de recaer sobre tributos estatais susceptibles de cesión.

Pola súa parte, o art. 17 da LOFCA atribúelles ós órganos competentes da respectiva comunidade, de acordo cos seus estatutos, o establecemento e a modificación das recargas sobre os impostos do Estado. Agora ben, dentro deste ámbito, un primeiro aspecto que cómpre determinar, e dunha enorme importancia, é a forma na que ha de exercitarse tal posibilidade, no caso de que unha Comunidade Autónoma así o pretenda. Sen embargo, esta cuestión non presenta maiores problemas por canto, como dixemos, as recargas non son outra cousa que impostos da Comunidade Autónoma, cuns límites, iso si, distintos ós fixados para os tributos propios desta. De todos modos, se as recargas son impostos, ou en calquera caso obrigacións de natureza tributaria, o seu establecemento e elementos esenciais deben ser fixados en todo caso por lei, segundo se deriva do art.

¹⁶ Na súa primeira redacción dicía este precepto "As comunidades autónomas poderán establecer recargas sobre os impostos estatais cedidos, así como sobre os non cedidos que graven a renda ou o patrimonio das persoas físicas con domicilio fiscal no seu territorio". Na súa nova redacción, di "As comunidades autónomas poderán establecer recargas sobre os tributos do Estado susceptibles de cesión".

¹⁷ Cfr., CEBRIÁN APAOLAZA, M. L., "Los recargos sobre tributos concertados", en *RDFHP*, n.º 230/1994, páx. 489.

¹⁸ Vid., LÓPEZ DÍAZ, A., "Réxime xurídico...", *cit*, páx. 70.

¹⁹ Entre outras, sentencias 37/1981, do 16 de novembro; 6/1983, do 4 de febreiro; 179/1985, do 19 de decembro; 19/1987, do 17 de febreiro; e 221/1992, do 11 de decembro. A Sentencia 6/1983 dixo con claridade no seu f. x. 4º "que a reserva de lei na Constitución española ten, no eido tributario, un alcance meramente relativo, e que se limita á creación *ex novo* dun tributo e a determinación dos elementos esenciais ou configuradores del, que pertencen sempre ó plano ou nivel da lei". Sen embargo, partindo da mesma consideración, na Sentencia 221/1992 establécese un lixeiro cambio de rumbo, pois afirmase que "a reserva de lei en materia tri-

butaría non afecta por igual a tódolos elementos integrantes do tributo”, pon no grao máximo de esixencia a concreción do feito imponible e o establecemento de beneficios fiscais e permite unha menor precisión legal nos demais elementos. O que si parece claro é en todo caso o alcance relativo da reserva de lei.

²⁰ GARCÍA FRÍAS, M^a. A., *La financiación territorial...*, cit., páx. 134. É máis, esta autora considera que a posibilidade de que a lei reguladora da recarga modifique algúns aspectos que supoñan unha variación dalgún dos elementos do tributo base en relación coa base imponible da recarga, podería dar lugar a que se entendese, en certo modo, modificado o feito imponible do tributo base en canto asumido pola recarga, co que podería dúbidarse da consideración deste como tal, con tódalas consecuencias que diso se derivarían. Sobre os demais elementos da recarga e o xogo da reserva de lei, *vid.*, páx. 129-133.

²¹ Recordemos que a inexistencia destes topes foi a causa da declaración de inconstitucionalidade das normas reguladoras da recarga municipal sobre o IRPF na STC 179/1985, do 19 de decembro.

²² GARCÍA FRÍAS, M^a. A., *La financiación territorial...*, cit., páx. 135.

31 da Constitución¹⁷ e segundo puxo de relevo o TC (f. x. 3^o, S. 150/1990). Se a iso engadimos que nas CCAA os únicos órganos dotados de poder legislativo son os respectivos parlamentos, non será difícil concluir que o establecemento dunha recarga por parte de calquera comunidade esixirá unha lei emanada do seu Parlamento ou asemblea que así o determine¹⁸.

O que haberá que delimitar é, para precisar esta afirmación, o alcance que ten ou debe ter a reserva de lei no establecemento das recargas autonómicas. Resulta admitida pola doutrina, sen lugar a dúbidas, a vinculación a ese principio do establecemento dos elementos esenciais do tributo, como por outra parte sinalou o Tribunal Constitucional en diversas sentencias, que deixa aberta a porta do regulamento á regulación dos demais elementos tributarios¹⁹.

Se partimos deste postulado, hai que considerar que resulta necesaria a lei para o establecemento da recarga, así como a determinación do feito imponible, as exencións, os suxeitos establece e as normas de cuantificación. Dada a identidade de feito imponible e suxeitos pasivos entre a recarga e o imposto-base, a reserva de lei verase cuberta cunha simple remisión á determinación de tales elementos na lei estatal de que se trate. No caso de establecer beneficios fiscais en relación coa recarga, non caberá dúbida de que estes han de contemplarse na lei autonómica que o estableza. Polo que afecta á base imponible da recarga, dada a vinculación que esta presenta coa fixación do feito imponible, será suficiente, dende o punto de vista da doutrina, coa determinación exacta na lei autonómica do “punto de conexión entre tributo base y recargo, que podrá tratarse de la base imponible o liquidable o la cuota íntegra o líquida del tributo base”²⁰.

O último aspecto, e tal vez o máis importante de tódolos que teñen que ver coa reserva de lei á hora de establece-las recargas, é o da suxeición á dita reserva do tipo de gravame. A xeneralidade da doutrina e a xurisprudencia consideraron que o tipo de gravame dun tributo é un elemento esencial suxeito á reserva de lei, pero tamén admitiron que o regulamento poida intervir na regulación do mesmo, a partir da fixación na lei duns tipos mínimos e máximos²¹. Sen embargo, estamos de acordo con García Frías cando sinala que, no suposto de que a posible remisión se lle tivese que facer ó executivo do mesmo ámbito do legislativo que crea o tributo, a remisión debería reducirse ó mínimo, “hasta el punto de negar toda intervención de la potestad reglamentaria en la fijación de los tipos impositivos”²², como acontece cos impostos estatais. Esta mesma idea debe

terse en conta no establecemento de recargas autonómicas, de modo que na propia lei na que se determina a mesma se debe fixar con claridade o tipo de gravame, sen remisións á eventual normativa regulamentaria autonómica.

Polo demais, a doutrina sinalou que nos restantes elementos da recarga, poderá entrar o regulamento autonómico, segundo o art. 17 f) da LOFCA, que lles atribúe ás CCAA a posibilidade de dictar, a través dos órganos estatutariamente competentes, os "regulamentos xerais dos seus propios tributos"²³. Sen embargo, asáltanos a dúbida de qué materias poden quedar á potestade regulamentaria, unha vez delimitados os elementos materiais do tributo, e contando con que a xestión da recarga se fará de forma conxunta co tributo-base²⁴.

As solucións estatutarias na atribución de competencias para o establecemento das recargas sobre impostos estatais, como non podía ser doutro xeito, viñeron a atribuírle esta ás leis das respectivas asembleas lexislativas. Así, o art. 51 do EA de Galicia establece que "se regularán necesariamente mediante lei do Parlamento galego as seguintes materias: b) O establecemento e a modificación e supresión das recargas sobre os impostos do Estado"²⁵.

3.2. *Ámbito obxectivo das recargas: tributos recargables.*

Como xa puxemos de relevo, existe unha contradicción entre os teores literais da Constitución e da LOFCA sobre o ámbito propio das recargas autonómicas. Por unha parte, a Constitución sinala que se poderán establecer recargas sobre impostos estatais, sen entrar en maiores especificacións. Este texto veu ser respectado polos estatutos de autonomía das comunidades autónomas, que se referiron tamén a recargas sobre impostos estatais. A LOFCA, pola súa parte, estableceu no seu art. 4, ó enumeralos recursos das CCAA, a posibilidade de recargar impostos do Estado; pola súa parte, o art. 12, na súa primeira redacción, sinalou que poderían establecerse recargas sobre os impostos estatais cedidos, así como sobre os non cedidos que gravasen a renda ou o patrimonio das persoas físicas con domicilio fiscal no territorio da comunidade. Así mesmo, os art. 17 e 20 da lei falaban de recargas sobre impostos estatais.

En principio, pois, parecía clara a idea de que só se poderían establecer recargas sobre impostos, sendo estas inviables tanto sobre taxas como sobre contribucións especiais, tal e como por outra parte entendía con claridade a doutrina²⁶. Sen embargo, a propia LOFCA deu lugar a un problema serio: á hora de referirse á cesión, en contradicción coa Constitución, referiuse

²³ Cfr., LÓPEZ DÍAZ, A. "Régimen jurídico...", cit., páx. 72.

²⁴ Non debe esquecerse (*vid.*, LÓPEZ DÍAZ, A., "Régimen jurídico...", cit., páx. 98) que o art. 58 da LXT configura tamén estas recargas como integrantes da débeda tributaria do tributo-base, polo que a xestión deste se terá que facer dun modo conxunto co tributo sobre o que recaee, e non se aplica a normativa LOFCA que lles atribúe ás CCAA a xestión dos seus propios tributos (art. 19.1). Así, haberá que atenderse á atribución de competencias xestoras sobre os tributos cedidos (que son os recargables), realizada polo art. 19.2 LOFCA, para saber a qué Administración lle corresponde en cada caso a xestión da recarga, e en principio será á autonómica, que a poderá asumir por delegación do Estado, excepto no IRPF, a xestión do cal seguirá en mans da Administración estatal, nos termos do art. 19.3 LOFCA.

²⁵ Cfr., art. 46.2º EA de Asturias, art. 35 EA da Rioxa, art. 45 EA de Murcia, art. 59 b) EA de Extremadura, art. 58 b) EA de Canarias, art. 58.1.b) EA de Aragón, art. 53.b) EA de Cantabria, art. 49.b) EA de Castela-A Mancha e art. 59.b) EA de Madrid.

²⁶ Cfr., LÓPEZ DÍAZ, A., "Régimen jurídico...", cit., páx. 53-54.

a tributos cedidos, e non a impostos, como se prevía no Texto constitucional. A situación agravouse en tanto en canto entre os tributos susceptibles de cesión, a LOFCA citaba "as taxas e demais exaccións sobre o xogo". E foi precisamente este campo, o da tributación do xogo, o que máis usaron as CCAA para o establecemento de recargas, o que veu dar lugar a que se dubidase da constitucionalidade desta recarga en tanto que se establecía sobre unha taxa (ou polo menos un tributo que formalmente recibía esta denominación). Sobre iso veuse pronunciar o TC na súa S. 296/1994, do 10 de novembro, á que posteriormente faremos referencia.

Tal vez para evitar estes problemas, o lexislador de 1996, ó reforma-la LOFCA, cambiou o texto dalgúns dos preceptos ós que nos referimos, e así, o art. 4 pasou a enunciar, como ingresos das CCAA "as recargas que puideran establecerse sobre os tributos do Estado", e sinala ademais o art. 12 que "as comunidades autónomas poderán establecer recargas sobre os tributos do Estado susceptibles de cesión". Por outra parte, o art. 11 pasou a enumerar entre os tributos susceptibles de cesión "os tributos sobre o xogo", de forma que agora parecía que se evitaba o problema da contradición coa denominación de taxa da tributación sobre o xogo. Sen embargo, os art. 17 e 20 non foron modificados, polo que seguen facendo referencia ás recargas sobre os impostos estatais.

Deste panorama normativo xorden diversos aspectos que cómpre considerar: o ámbito tributario susceptible de ser recargado, é dicir, se poden establecerse recargas sobre todo tipo de tributos ou só sobre impostos e a posible constitucionalidade da normativa da LOFCA referida a tributos fronte á constitucional relativa a impostos.

Comezando por este último punto, hai que ter presente que a lexislación relativa a ingresos das CCAA, na que se desenvolve o vocabulo «impostos» do art. 157 da CE, usou indistintamente os termos impostos ou tributos, tal vez "dándolle, en definitiva, un significado genérico-tributario al término impuesto", como sinalou Cors Meya²⁷. Este autor concluíu, sen embargo, que só serían recargables os impostos (situámonos antes da reforma da LOFCA), dado que o previsto no art. 12, en relación co 11 da lei, só permitiría a recarga sobre impostos, dada a natureza impositiva das mal chamadas taxas sobre o xogo.

Por outra parte, a STC 296/1994, do 10 de novembro, que resolve o recurso de inconstitucionalidade contra a recarga catalana sobre a taxa estatal que grava a autorización, organización ou celebración de xogos de azar mediante máquinas ou

²⁷ CORS MEYA, F. X., "Los recargos...", cit., páx. 418.

aparellos automáticos, sinala que debe atenderse a un criterio de natureza xurídica da figura e non ó puramente nominalista, polo que, dado que tal taxa é en realidade, se atendemos á súa natureza, un imposto²⁸, resulta perfectamente constitucional a recarga sobre a que se discute²⁹. Así mesmo, no f. x. 3º da sentenza á que nos referimos, sinala o TC que o feito de que a figura recargada, a pesar da súa denominación, teña natureza impositiva fai innecesario “entrar a determinar cál debería se-la nosa decisión no suposto hipotético de que esa carga fiscal fose sobre unha taxa”, polo que se podería estar dando a entender que só sería constitucionalmente posible o feito de recargar impostos, con independencia de cál sexa a súa denominación.

Non obstante, como o TC sinalou que as normas han de interpretarse de acordo coa CE, resulta indiferente, ó noso xuízo, que se fale na LOFCA de impostos ou de tributos, porque a CE esixirá que o tributo recargado sexa imposto. En tanto o sexa, dará igual a súa denominación, e se non fose un imposto, non poderá, constitucionalmente, recargarse. Así, García Frías sinalou que a disparidade de criterio entre a Constitución e a LOFCA, se ben existe, “no conduce a la inconstitucionalidad de la LOFCA”³⁰.

Por outra parte, se atendemos ó xa sinalado sobre a natureza das recargas, hai que ter presente que unha recarga establecida sobre unha taxa ou sobre unha contribución especial, aínda no hipotético caso de que fose constitucionalmente posible, levaría a que a nova figura tivese natureza impositiva, polo que nos xurdirían serias dúbidas da viabilidade constitucional dese novo imposto, en tanto non parece moi doado atopar aí unha capacidade contributiva gravable, elemento fundamental na definición de calquera imposto e a ausencia da cal faría a este constitucionalmente ilexítimo. De todos modos, cremos que perante a perfecta delimitación do termo «impostos» contido na Constitución, non debe admitirse a posibilidade de recargas sobre calquera outros «tributos». Sen embargo, a pesar do uso desta segunda expresión na LOFCA, se se atende á natureza xurídica do que esta lei permite, vemos que é perfectamente compatible coa CE, polo que –dado que é unha pura cuestión gramatical– non debe derivarse sen máis a inconstitucionalidade da lei.

Agora ben, establecido que só poden recargarse impostos, como se deduce da propia natureza da figura e da súa configuración constitucional, hai que sinalar que a LOFCA lles puxo un límite obxectivo ás recargas: estas só poden recaer sobre os impostos estatais susceptibles de cesión. Con respecto a isto, ope-rouse un cambio normativo derivado do habido en materia de

²⁸ Así o sinalara tamén a doutrina científica. Poden verse, por exemplo, CORS MEYA, F. X., “Los recargos...”, cit., páx. 419; e LÓPEZ DÍAZ, A., “Régimen jurídico...”, cit., páx. 79.

²⁹ Non obstante, o TC non realiza unha configuración correcta da natureza deste tributo, na opinión de GARCÍA FRÍAS, M^a. A., “La constitucionalidad del recargo catalán sobre «la tasa estatal que grava las máquinas tragaperras» (STC 296/1994, do 10 de novembro)”, en *JT*, n.º 68/1995, páx. 20-21.

³⁰ *Ibid.*, páx. 22. Así mesmo, sinala que “a este aspecto terminolóxico se le ha dado excesiva importancia y es un falso problema”, sobre todo se se atende á natureza xurídica das recargas, como veremos.

tributos cedidos. A principal característica que achegou este cambio é a simplificación das normas sobre recargas. Así, por unha parte, eliminouse o inciso final do art. 12.1 LOFCA, que permitía o establecemento de recargas sobre os impostos non cedidos que gravasen a renda ou o patrimonio das persoas con domicilio fiscal no territorio da Comunidade Autónoma. Este cambio, sen embargo, é totalmente aparente, pois no primitivo texto aludíase, aínda sen nomealo, ó IRPF, que agora, ó ser un tributo susceptible de cesión, poderá ser recargado de igual forma, co que perdía o seu sentido a subsistencia dese último inciso do precepto ó que nos referimos.

Segundo o art. 11 da LOFCA, só serán susceptibles de cesión os seguintes impostos:

- a) Imposto sobre a renda das persoas físicas, con carácter parcial co límite máximo do 30 por 100.
- b) Imposto sobre o patrimonio.
- c) Imposto sobre transmisións patrimoniais e actos xurídicos documentados.
- d) Imposto sobre sucesións e doazóns.
- e) A imposición xeral sobre as vendas na súa fase minorista.
- f) Os impostos sobre consumos específicos na súa fase minorista, salvo os recadados mediante monopolios fiscais.
- g) Os tributos sobre o xogo."

Así, pois, só caberá establecer recargas autonómicas sobre estes impostos. As dúbidas poden xurdir en relación a dous aspectos concretos que poden coarta-lo establecemento de recargas. Por unha parte, determinar se o límite do 30 por cento que opera na cesión do IRPF opera tamén como límite á recarga, é dicir, se esta, no caso de establecerse, debería recargar só ata o límite desa porcentaxe do imposto estatal ou se, pola contra, ese límite non xoga en relación coas recargas, cuestión que gaña en interese dende o momento en que se suprimiu da LOFCA a posibilidade de recargar aqueles impostos estatais non susceptibles de cesión que gravasen a renda ou o patrimonio das persoas físicas domiciliadas no territorio da Comunidade Autónoma. Por outra parte, a atribución ás CCAA de competencias normativas en relación ós tributos cedidos, fará, ó noso xuízo, que as recargas teñan un escaso atractivo para as CCAA, que previsiblemente optarán, aínda que tamén nos parece unha opción pouco atractiva para elas, polo uso desas potestades normativas antes que polo establecemento de recargas, da cal só a mención pode producir un efecto negativo pouco desexable.

No referente ó IRPF, consideramos que a LOFCA, ó limita-la posibilidade das recargas ós tributos susceptibles de cesión, está

en realidade buscando que as recargas non poidan supoñer unha medida que provoque desigualdades das prohibidas polo art. 157 CE, co que intenta que esta figura só sexa aplicable a aqueles tributos máis facilmente localizables en relación cunha determinada comunidade. Precisamente cremos que esta é a causa da desaparición da posibilidade xenérica de establecer recargas no IRPF, contemplada con anterioridade. Destas consideracións, e dado que na actualidade podería falarse, unha vez atribuída capacidade normativa ás CCAA sobre os tributos cedidos, máis que dun IRPF en dous tramos, de dous impostos (ou, polo menos, dúas partes) claramente diferenciados, podería deducirse que no novo sistema LOFCA non é viable unha recarga xeral sobre o IRPF senón que esta posibilidade se limita ó que podemos denominar «IRPF autonómico».

Sen embargo, dado que a localización territorial en relación co IRPF a rexeitou o TC, polo menos como esixencia ríxida, cremos que tamén pode defenderse que o tributo susceptible de cesión é o IRPF no seu conxunto, con independencia do límite ata o que efectivamente se poida ceder –ou efectivamente se ceda– en cada momento concreto. Con esta segunda interpretación habería que chegar á conclusión de que podería recargarse sobre todo o IRPF, con independencia dos límites cuantitativos nos que se cifre a cesión.

3.3. Límites á potestade de recargar. Principios constitucionais e recargas.

Dentro dos límites á potestade autonómica de establecer recargas, hai que partir, como non podía ser doutro modo, da única norma específica sobre esta figura (deixando a un lado as que só se limitan a enuncialo), que non é outra que o art. 12 da LOFCA. Con respecto a isto, neste precepto atópanse, ó noso xuízo, dous grandes límites á posibilidade de recargar: por unha parte, o contido no parágrafo 1º de artigo, consistente na delimitación do ámbito obxectivo das recargas ó dos tributos susceptibles de cesión ás CCAA, ó que xa aludimos. O outro grande límite é o contido no apartado 2º do precepto, ó que podemos denominar límite na configuración da recarga.

Este último, pola súa vez, presenta dous aspectos distintos: en primeiro lugar, sinálase que as recargas non poderán supoñer “unha minoración nos ingresos do Estado por ditos impostos”, o que simplemente se traduce en prohibi-la consideración da recarga como deducible no imposto-base, cuestión que puxo unanimemente de manifesto a doutrina³¹. Sen embargo, tamén se puxo de relevo que as recargas deducibles sobre os impostos

³¹ JIMÉNEZ COMPAIRED, I., “La constitucionalidad del recargo del 3 por 100 sobre la cuota líquida del IRPF en cuanto ingreso o recurso de la Hacienda Autonómica. (Notas a la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1990, de 4 de octubre)”, en *Civitas-REDF*, n.º 69/1991, páx. 117; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M.ª. P., *Los recargos como ingreso tributario de los Entes Públicos territoriales*. IEF, Madrid, 1991, páx. 89; GARCÍA FRÍAS, M.ª. A., *La financiación... cit.*, páx. 168 e LÓPEZ DÍAZ, A., “Régimen jurídico...”, cit., páx. 95.

efectivamente cedidos non diminuírían os ingresos do Estado, senón os da propia Comunidade Autónoma, co que en principio sería viable tal deducibilidade. Non obstante, a medida non tería demasiado sentido en tanto que non produciría un incremento dos ingresos das comunidades autónomas³².

En segundo lugar, esíxese que as recargas non desvirtúen “a natureza ou a estrutura dos impostos sobre os que recaen”. Esta idea foi interpretada pola doutrina de diversos modos. Así, sinaláronse diversas circunstancias: afectaríalle á natureza do tributo base o establecemento dunha recarga que invertese a progresividade (Cors Meya³³), que se esixe para unha vinculación máxima ó tributo-base, o que suporía que a recarga sobre un imposto persoal e directo debe establecerse sobre a cota líquida (García Frías³⁴); ou que simplemente se reitera nesta limitación a prohibición de ter en conta a recarga no imposto-base (Rodríguez Montañés³⁵ e López Díaz³⁶). Dende o noso punto de vista, o precepto significa tanto como dicir que a través dunha recarga non poderá, en ningún caso, incidirse sobre o feito imponible do imposto-base, para varia-la súa configuración en calquera sentido (por exemplo, ó establecer un mínimo exento para a recarga distinto do propio do imposto base), nin tampouco sobre os elementos de cuantificación dese feito imponible ata o punto –base ou cota– que actúe como base imponible da propia recarga.

Na redacción do art. 12 da LOFCA, sen embargo, botáronse de menos por parte de certos autores dúas referencias que limiten o ámbito das recargas: por unha parte, a existencia dun límite cuantitativo máximo que deben respectar tódalas CCAA no establecemento de recargas, como garantía da igualdade e do respecto ós equilibrios interrexionais. Conectada a ela está a presumible necesidade dunha lei que desenvolvese as recargas dun modo específico, que responden ás necesidades de coordinación de tódalas posibles recargas autonómicas. Ámbalas cuestións, a primeira das cales xa se puxo de manifesto nos debates parlamentarios da lei³⁷, resolveunas o TC na S. 150/1990, ó sinalar que non resulta precisa, dende un punto de vista xurídico e sen entrar nos criterios de oportunidade política, unha lei estatal que coordine as recargas, e aclarar que a existencia de autonomía financeira permite a existencia de desigualdades entre as cargas tributarias que se deberán soportar nas distintas CCAA.

Doutra banda, apuntamos que, para algúns autores, a recarga pode configurarse como un tributo propio da Comunidade. En tal caso, como xa puxemos de relevo, debería terse en conta o artigo 9 da LOFCA (e -por remisión deste- o art. 6), con tódolos

³² Cfr., LÓPEZ DÍAZ, A., “Régi-men jurídico...”, cit., páx. 95.

³³ CORS MEYA, F. X., “Los recargos...”, cit., páx. 420-421.

³⁴ GARCÍA FRÍAS, M^a. A., *La financiación...*, cit., páx. 169.

³⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M^a. P., *Los recargos...*, cit., páx. 90-91.

³⁶ Cfr., LÓPEZ DÍAZ, A., “Régi-men jurídico...”, cit., páx. 96.

³⁷ Cfr., MINISTERIO DE ECONOMÍA E FACENDA, *Ley Orgánica...*, cit., páxs. 425 e segs., nas que figura unha emenda formulada no Congreso dos Deputados que solicitaba o establecemento de límites cuantitativos ás recargas. Outras dúas emendas en idéntico sentido presentáronse no Senado (cfr., *Ibid.*, páx. 493-494).

seus límites á potestade impositiva das CCAA. Xa adiantámola nosa opinión con respecto a isto, e sinalamos que tales límites practicamente deixarían baleira de contido a posibilidade de zestablecer recargas sobre os impostos sobre a renda ou sobre o patrimonio, posto que poderían dar lugar a gravame, case con seguridade, de bens situados, ou rendas orixinadas, fóra do territorio da Comunidade, como por outra parte sinalou o TC na súa S. 150/1990³⁸, na que afirma que “estando fóra de toda dúbida que a Comunidade Autónoma [...] pode establecer recargas sobre os impostos estatais, é tamén indubidable que ningún dos límites constitucionais que condicionan o exercicio de dito poder tributario pode ser interpretado de tal maneira que faga inviable o exercicio daquela potestade tributaria”.

Neste punto, sen embargo, hai que ter presente que, segundo algúns autores, a LOFCA non estaría facendo outra cousa, neste artigo 9, que desenvolve los límites previstos no artigo 157.2º da CE. Aínda así, pode sosterse que a lei puido excederse dos límites marcados pola CE, que só impide o gravame de bens situados fóra do territorio da CA. Non obstante, esta apreciación non a compartiu a doutrina, que sinalou que o termo «bens» debe tomarse nun sentido amplo, e debe entenderse como referido a todo aquilo que sexa susceptible de considerarse como «riqueza gravada»³⁹.

Sen embargo, o propio TC, na S. 150/1990, sinalou que o límite do art. 157.2º CE non intervén en relación coas recarga sobre o IRPF, posto que este “lles prohíbe ás comunidades autónomas adoptar as medidas tributarias sobre bens situados fóra do seu territorio, pero non sobre a renda das persoas con domicilio fiscal no seu territorio, aínda que esta renda proveña, en parte, de bens localizados fóra da Comunidade Autónoma” (f. x. 5º). Segundo Jiménez Compaired, o Tribunal con esta interpretación, “trata de evitar el vaciamiento de contenido de una potestad que le corresponde a la Comunidad Autónoma, soslayando los obstáculos que la hacían impracticable”⁴⁰. O problema, ante esta interpretación, non se encontra, pois, no IRPF, senón máis ben na posibilidade de establecer recargas no imposto sobre o patrimonio, como sinalaron García Frías⁴¹ e López Díaz⁴².

Un último límite ó establecemento de recargas por parte da Comunidade Autónoma sobre os impostos estatais vén dado, como non podía ser doutro modo, pola propia natureza de prestacións tributarias que teñen as recargas. Asentado este punto de partida, resulta evidente que a configuración destas debe respecta-los principios constitucionais en materia tributaria, sina-

³⁸ Que sinala expresamente, no seu f. x. 5º, que a extensión ás recargas autonómicas sobre impostos estatais do “conxunto de principios que o lexislador estatal preveu no artigo 9 da LOFCA unicamente en relación cos impostos propios das comunidades autónomas [...] máis alá incluso da súa complexa instrumentación técnica, conducirla a deixar baleiro de contido o art. 12 da LOFCA e a facer, en parte, impracticable o mandato do propio art. 157.1.a) da Constitución”.

³⁹ Vid., JIMÉNEZ COMPAIRED, I., “La constitucionalidad...”, cit., páx. 112.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ GARCÍA FRÍAS, M^a. A., *La financiación...*, cit., páx. 170.

⁴² LÓPEZ DÍAZ, A., “Régimen jurídico...”, cit., páx. 90.

ladamente os de igualdade e capacidade contributiva e o seu correlato da prohibición de confiscatoriedade. Con respecto a isto, cremos que pouco cabe dicir que non se dixera xa en relación con estes principios.

Neste punto, a posible vulneración do principio de igualdade no establecemento de recargas por parte dunha CA foi obxecto de pronunciamento polo TC na tan citada S. 150/1990, que afirmou respecto disto que o exercicio da competencia "para establecer recargas sobre os impostos estatais non require [...] unha xustificación explícita da desigualdade tributaria que produce, xa que é unha manifestación da súa autonomía financeira, que ten lugar no marco da Constitución, do Estatuto e da LOFCA". Ademais, sinalouse que "a exacción dunha recarga autonómica [...] non quebra a igualdade de posicións xurídicas fundamentais dos cidadáns no cumprimento dos deberes que lles impón o art. 31 da Constitución; se así fose, quedaría radicalmente eliminada a potestade das comunidades autónomas para establecer recargas, en contradición coas previsións constitucionais".

En canto ó outro grande principio ó que nos referiamos, o de capacidade contributiva, hai que ter en conta que pola propia natureza e estrutura das recargas, estas respectarán tal principio en tanto en canto este sexa respectado polo imposto-base na delimitación do seu feito imponible, e difícil –se non imposible– será a creación dunha recarga que, establecida sobre un imposto na definición do cal se teña en conta a capacidade contributiva, non respectase ese principio⁴³. Por iso, o grande reto na configuración das recargas autonómicas, ó noso xuízo, está no principio de non confiscatoriedade, se ben coa definición que deste nos deu o TC, que considera que só existirá confiscatoriedade cando se esgote a riqueza gravable (f. x. 9º S. 150/1990), dificilmente se arbitrará unha recarga tal que leve á vulneración deste principio. Non obstante, o xogo do límite da non confiscatoriedade, á que só podería chegarse por unha acumulación abusiva de recargas, fai que a doutrina recorra á necesidade de coordinación entre os distintos niveis territoriais no establecemento das recargas⁴⁴.

⁴³ Así o consideran tamén GARCÍA FRÍAS, M^a. A., *La financiación...*, cit., páx. 141 e RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, M^a. P., *Los recargos...*, cit., páx. 111.

⁴⁴ GARCÍA FRÍAS, M^a. A., *La financiación...* cit., páx. 155.

4. Perspectivas de futuro. A recarga como vía para o financiamento autonómico e a súa viabilidade práctica

Unha vez analizado o réxime xurídico das recargas, é conveniente realizar unha valoración destas como medio de financiamento das comunidades autónomas e unha análise das súas perspectivas de futuro. Con respecto a isto, pode dicirse que, sintetizando os achegamentos realizados sobre a recarga, existen unha serie de vantaxes do recurso a esta vía, ás que haberá que ponderar cos inconvenientes que tradicionalmente poñen de relevo os estudiosos da materia⁴⁵.


Como **vantaxes** das recargas citáronse a súa sinxela utilización, a súa doada articulación xurídica e a súa aceptabilidade técnica, o seu potencial recadatorio, a súa facilidade de xestión e administración e, o feito de que psicolxicamente é mellor aceptada polo contribuínte, ó ir "camuflada" nun tributo estatal (non estamos de acordo con este último argumento, senón que cremos que a propia idea de recarga resulta especialmente gráfica e por iso facilmente perceptible polo cidadán).

Os principais **argumentos utilizados en contra** foron a súa condición de concepto tributario "parasito" (idea coa que non estamos de acordo, pois o parasito non só vive por conta do outro suxeito, senón que o prexudica, cousa que non acontece coa recarga e o imposto recargado), os excesos de tributación ós que poden dar lugar (cuestión que, en todo caso, dependerá da presión fiscal do tributo-base, e non do feito da propia recarga. Por outra parte, o feito de que se note o exceso de tributación da recarga demostra a súa validez como instrumento para a consecución da corresponsabilidade fiscal), a posible desidia na súa xestión ó non estar esta en mans do titular do mesmo (tam pouco cremos que poida aceptarse este argumento, pois a Administración xestora será a titular do imposto-base, co que terá interese directo na recadación), e a susceptibilidade de crear agravios comparativos entre as CCAA (xa nos referimos a este problema e á solución que lle deu o TC).

Réstannos simplemente dúas consideracións para rematar este repaso sobre a figura das recargas autonómicas sobre impostos estatais como medio de financiamento. A primeira delas, é a consideración, nun sistema tributario coordinado e lóxico, das recargas como medio principal de financiamento autonómico. Neste sentido, cremos que a recarga é vía ideal para conseguir a tantas veces argumentada corresponsabilidade fiscal. Así, nun sistema como o que propoñemos, ó lado dos impostos estatais e dos autonómicos, que deberían ser propios en todo caso e non

⁴⁵ Unha síntese dos diferentes argumentos pode verse en GUERVÓS MAILLO, M^a. A., "Los recargos tributarios autonómicos como instrumento de protección ambiental", en *Impuestos*, n.º 9/1996, páx. 120-123.

simplemente cedidos, por máis que se ceda tamén capacidade normativa, deberían situarse as recargas como forma de complementa-lo financiamento dos entes territoriais. Deste modo, conseguiríase simplifica-lo sistema, sobre todo no plano da xestión, aforraríanse con isto os custos derivados da duplicidade de administracións e, por último, o cidadán podería coñecer con exactitude cáles dos seus tributos lles corresponden ás distintas administracións. Así o pensou tamén o chamado Libro Branco, que considerou como unha das vías adecuadas para o novo sistema de financiamento autonómico, “el establecimiento, primero, de unos recargos compensados sobre un espectro de impuestos estatales más la posibilidad de variarlos en su cuantía hacia arriba o hacia abajo”, que “permitiría situar el grado de corresponsabilidad en los niveles deseados”⁴⁶.

Sen embargo, aínda que consideramos esta como a vía deseable, tememos que o presente, e sobre todo o futuro da recarga, serán outros ben distintos. Non cremos que sexa pesimismo, senón simple realismo, o feito de intuír que, ó escaso predicamento que tivo tradicionalmente a figura da recarga, da que se criticou todo, empezando pola propia denominación, haberá que unirle unha previsible evolución (ou tal vez, mellor, unha involución) que levará a que as recargas non pasen de ser, no mellor dos casos, simples proclamacións normativas. Non parece moi posible que unha opción de financiamento da que gozaban unhas CCAA carentes de potestades normativas sobre os impostos cedidos, nos que só poderían actuar a través da recarga, e que sen embargo foi moi pouco usada, por non dicir simplemente non utilizada, vaia gañar predicamento nunhas CCAA que foron investidas de poderes normativos nos mesmos impostos sobre os que poderían establecer recargas, o que lles permitirá fuxir dos fantasmas que sempre, se ben inxustamente, acompañaron esta figura. 

⁴⁶ MONASTERIO ESCUDERO, C., PÉREZ GARCÍA, F., SEVILLA SEGURA, J.V. e SOLÉ VILANOVA, J., *Informe sobre el actual sistema de financiación autonómica y sus problemas*, IEE, 1995, páx. 67-68.

Os proxectos progresistas das deputacións de 1842

Catedrático de Historia do
Dereito e das Institucións.
Universidade de Santiago de
Compostela

Pedro Ortego Gil

A cordado polas Cortes que a Rexencia fora única, Espartero nomeou, con data 21 de maio de 1841, a Antonio González como presidente do Consello de Ministros. Ó día seguinte expuxo perante o Senado a orientación política que quería darlle ó seu Goberno. Do seu discurso podemos entresacar un parágrafo que, de forma implícita, lle afecta ó Goberno provincial. Di así “El Gobierno interior del país es bien cierto que tiene una parte en el supremo del Estado, pero cuenta con elementos inferiores que proponen otra parte del Poder ejecutivo, y como en esta no tenga todo lo necesario para ser fuerte en utilidade de la Nación, se hacen precisas las leyes orgánicas, que el Gobierno presentará a la deliberación de las Cortes; mas en la situación en la que nos encontramos, en esta situación critica en que hay que luchar con graves inconvenientes y dificultades, es imposible presentarlas tan pronto como era de desear”¹.

¹ Tomado de NIDO y SEGALVERA, Juan del, *Antología de las Cortes de 1840 a 1846*, Madrid, 1910, páx. 358.

Poucos días despois designábase unha Comisión “que teniendo presente los buenos principios que hoy se conocen en administración, y aprovechando las lecciones que hayan podido aprender en los diferentes destinos que han desempeñado sus individuos”, elaborase con brevidade os proxectos de lei para “poner en armonía con la Constitución y demás leyes las de los ayuntamientos y Diputaciones provinciales, en el método de su elección, y en lo relativo a sus atribuciones respectivas, como también de fijar de un modo claro y terminante las facultades y deberes de los Jefes políticos”².

A pesar da brevidade solicitada, o certo é que tardaron varios meses en presentarse os proxectos de lei relacionados co réxime provincial e municipal. Con data 14 de marzo de 1842 presentouse perante o Senado o proxecto sobre organización e atribucións dos concellos³, mentres que os relativos a deputacións e xefes políticos non se presentaron ata o 18 de abril seguinte⁴. Para dictaminar sobre estes dous últimos proxectos nomeouse unha comisión da que formaban parte Álvaro Gómez Becerra, Juan Lasaña, Francisco Romo y Gamboa, o Conde de Soto-Ameno e Martín de los Heros⁵.

Hai que resaltar, ademais, que con esta medida se abandonaba a vía da autorización lexislativa para poder promulgar un texto orgánico, como se intentara en 1840 co Proxecto de deputacións que foi presentado xunto co de autorización ante o Congreso dos Deputados. Ó mesmo tempo, hai que destacar que no ano 1842 se alteraba a tramitación parlamentaria ordinaria pois, enviouse o texto primeiro ó Senado, o cal era legalmente posible pero non habitual. Dende a perspectiva das circunstancias políticas era, sen embargo, a máis conveniente para o gabinete⁶.

Dende unha perspectiva xeral e comparativa, Concepción de Castro afirma que, aínda que estes proxectos “se caracterizan por su espíritu liberal y bastante descentralizador, se hallan a medio camino entre la organización de 1823 y la que el progresismo parecía dispuesto a aceptar en 1838-1840, bajo el gobierno de los moderados”⁷. Así o manifestaba a exposición que precedía o proxecto no seu parágrafo segundo, ó dicir que, “no cree el Gobierno que en España puede ni debe llevarse la centralidad del poder al extremo a que ha llegado en otras naciones por causas antiguas y diversas; pero si entiende que necesitamos alguna más de la que hoy existe si hemos de ser nación libre y ordenada en el interior, fuerte y respetada en el extranjero”.

Apoiábanse en que a Constitución de 1837 esixía a reforma das deputacións provinciais, e posto que estas aínda se rexían pola

² Formaban parte dela o ministro da Gobernación da Península, como presidente e os seguintes deputados a Cortes: Francisco Cabello –xefe político en varias provincias–, Javier Quinto –xefe de sección do dito ministerio–, Francisco Ferro Montaos –alcalde que fora de Madrid–, Félix Domenech –alcalde que foi de Barcelona–, Juan Francisco Morate –secretario da Deputación de Madrid– e José Posada –catedrático da Universidade de Oviedo–. Real Orde do 8 de xuño de 1841, en *Gaceta de Madrid*, 9 de xuño de 1841, n.º 2427.

³ *Diario de Sesiones del Senado* (=D.S.S.), Apéndice segundo, páxs. 455 a 462. O Proxecto leva data do día anterior.

⁴ D.S.S., n.º 43, páx. 652 e apéndice. O Proxecto de deputacións tamén pode consultarse en *Gaceta de Madrid*, 22, 23, 24 e 25 de abril de 1842, n.º 2751 a 2754; mentres que o de xefes políticos se encontra nas do 25 e 27 de abril, n.º 2754 e 2756.

⁵ D.S.S., Sección do 19 de abril de 1842, n.º 44, páx. 696. Elixíron como presidente a Gómez Becerra e por secretario a Romo, en D.S.S., Sección do 25 de abril de 1842, n.º 46, páx. 730.

⁶ Neste sentido CASTRO, Concepción de, *La Revolución liberal y los municipios españoles*, Madrid, 1979, páxs. 163 e 164.

⁷ *La Revolución liberal*, páx. 161.

Lei do 3 de febreiro de 1823, era preciso adoptar unha nova regulación. Buscábase unha nova transacción, aínda que agora dende o sector político progresista, admitindo algúns aspectos da concepción administrativa dominante e algunhas notas que propuxeran os moderados con anterioridade.

Consta o proxecto que presentou o Goberno, por man de Facundo Infante, de seis títulos, as súas rúbricas e orde correspóndense co establecido polos anteriores membros da Comisión do Congreso no ano 1838 e no 1840. Isto é, organización, cualidades para ser elector e deputado, modo de face-las eleccións, sesións, atribucións e orzamento provincial. En total son 74 artigos os que constitúen o dito texto.

O seu art. 1 ampliará a composición da Deputación con respecto á que estaba instaurada. Hai que sinalar, sen embargo, que desaparecía a figura do Intendente de Facenda, posto que as súas funcións as pasaba a asumir o xefe político⁸, co que xa se anunciaba o que se establecería con carácter definitivo no ano 1849.

Respecto dos deputados provinciais amplíase o seu número, "haciendo más representativos a estos organismos", como afirma Concepción de Castro⁹. As regras de representación eran: un deputado por cada un dos partidos xudiciais que compoñen a provincia, sendo o mínimo de nove¹⁰; se a poboación dos partidos excedera de sete mil veciños, elixirían dous deputados; as cidades con máis dun xulgado de primeira instancia, formarían tantos partidos como foran estes; e, nas provincias que non houbera nove circunscricións xudiciais, os partidos con maior poboación, anque non alcanzasen a citada cifra de sete mil veciños, elixirían dous ata completa-lo número de nove. Do mesmo

⁸ O art. 1 do Proxecto sobre gobernos políticos non deixaba dúbida: "En cada provincia habrá un jefe político; esta autoridad desempeñará las funciones que hoy le están cometidas por la ley y las de los intendentes, cuyo empleo queda suprimido". Chegouse a afirmar que con este texto, os xefes "serán en adelante lo que han debido de ser siempre: los jefes superiores de la provincia en el orden civil", en *Gaceta de Madrid*, 2 de maio de 1842, n.º 2761.

⁹ *La Revolución liberal*, páxs. 162 e 163.

¹⁰ A Lei do 15 de xaneiro de 1837 dispuxo que o número de deputados provinciais sería igual ó de partidos xudiciais, sempre que estes non baixaran de sete, como fixara o R.D. do 21 de setembro de 1835. O art. 69 da Constitución daquel ano declarou que "en cada provincia habrá una Diputación provincial compuesta del número de individuos que determine la ley, nombrados por los mismos electores que los Diputados a Cortes". No seu desenvolvemento a Lei do 13 de setembro de 1837 sobre organización das deputacións provinciais establecía que as deputacións se comporían *por agora* do Xefe político, do Intendente e "de un número de diputados igual al de los partidos judiciales en que se divide, siempre que estos no bajen de siete, que ha de ser el minimum de los diputados".

xeito que se elixían os deputados propietarios, había que proceder á designación dos suplentes¹¹.

Recuperando a proposta dalgún texto anterior, a Deputación debían renovala, cada tres anos, terceiras partes¹². Para determinar cáles eran os deputados que debían substituírse por primeira vez, procederíase por sorteo. Pero como podía existir un número de deputados que non fora múltiplo de tres, o último inciso do art. 4 viña dispoñer que "si hubiese un quebrado se renovará en el primer año, si dos el segundo se comprenderá en la segunda renovación"¹³.

A súa elección correspondíalles ós electores de deputados a Cortes, o que de modo implícito supón unha remisión á lei electoral xeral, que era a que indicaba cáles eran os requisitos para ser elector¹⁴. En cambio si se determinaban as cualidades para poder ser elixido deputado provincial: ser elector conforme á Lei electoral, de maneira que coinciden o número de electores e de elixibles e residir e ter veciñanza polo menos con tres anos de antigüidade¹⁵, sen que fora necesario tela no partido polo que se saía elixido, o que provoca en determinados casos a dobre elección.

A cualificación do cargo era a acostumada de honorífico, grauíto e obrigatorio durante os tres anos do mandato¹⁶. Non obstante, quedaban incapacitados para chegar a ser deputados, segundo o art. 7, os seguintes individuos: os debedores ós fondos públicos apremados; os arrendatarios, administradores e os seus fiadores dos terreos municipais ou provinciais; os contratistas de obras provinciais e os seus fiadores; os que percibiran soldo ou retribución con cargo ós fondos provinciais ou municipais; os empregados en servizo activo, ben foran da Casa Real ou do Estado; e, os ordenados *in sacris*¹⁷. As exclusións, salvo as dúas últimas, teñen un marcado carácter económico, pois trataban de impedir malversacións de fondos públicos unha vez que se accedese ó cargo. En canto á exclusión de empregados públicos ou da Real Casa podía solucionarse mediante unha referencia xenérica no punto anterior, aínda que non se incluían, loxicamente, nesta inhabilitación o xefe político porque era o presidente nato da corporación. Esta última medida impedía que a dependencia do Poder executivo fora absoluta, non só formal, senón tamén material. Por último, en canto ós clérigos ordenados, recollíase algunha proposta do trienio aínda que non desboto a súa inclusión expresa no texto por evidentes motivos políticos.

O art. 8 do Proxecto do 18 de abril de 1842 reproduce o seu correlativo do Proxecto de 1840 ó referirse ás escusas que podían

¹¹ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 2. En parecidos termos o art. 3 do Proxecto do 21 de marzo de 1840, que consideraba un número de suplentes igual ó de propietarios.

¹² Proxecto do 18 de abril de 1842, arts. 3 e 4. Fronte á duración de catro anos e renovación por metade do art. 3 do Proxecto de 1840, optábase agora polos tres anos e renovación por tercios.

¹³ Era unha medida lóxica, similar ás renovacións bianuais, nas que se mandaba saír na primeira a maior parte se o número era impar. A regra arriba mencionada responde ó seguinte suposto: se foran 10 deputados, renovaríanse sucesivamente 4, 3 e 3; se se tratara de 11, 4, 4 e 3.

¹⁴ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 5, primeiro do título II, que reproduce o primeiro inciso do art. 4 do Proxecto de 1840.

¹⁵ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 6. Aumentouse nun ano a residencia que o art. 6 do Proxecto de 1840 fixara en dous. De acordo co art. 16 do Proxecto de concellos do 13 de marzo de 1842, non podían ser nomeados para cargos municipais os que non levaran tres anos de veciñanza e residencia na vila, coas matizacións que se incluían a continuación.

¹⁶ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 3. Reproduce os termos do art. 3 do Proxecto de 1840.

¹⁷ O art. 7 do Proxecto de 1840 só excluía os mencionados nos catro primeiros lugares.

¹⁸ A regulación é semellante á establecida trala promulgación da Lei electoral o 20 de xullo de 1837 que influíu no modo de celebra-las eleccións para o nomeamento de deputados provin-

ciais, posto que o art. 4 da Lei do 13 de setembro de 1837 dispuxo que, "para hacer estas elecciones se observarán las reglas y formalidades prescritas en el capítulo IV de la Ley electoral de 20 de julio último, con las modificaciones indispensables que el Gobierno determinará". No seu desenvolvemento, o Goberno dictaría a Orde do 6 de novembro daquel ano que regula o proceso electoral con minuciosidade.

¹⁹ Salvo a distinción de tres posibilidades diferentes –extraordinaria, ordinaria e parcial, o que hai que poñer en relación co art. 12 do proxecto progresista– reproduce nos seus termos o art. 9 do Proxecto de 1840.

²⁰ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 12. Os arts. 2 da Real orde do 24 de outubro de 1839 e 3 do Decreto do 13 de outubro de 1840, normas certamente especiais por estar destinadas a renovacións concretas, fixaban os días de comezo con maior concreción, aínda que con referencia ó 10 de novembro.

²¹ Existe un matiz importante en relación co art. 10 do Proxecto moderado de 1840, pois mentres neste se encomendaba a división dos partidos administrativos en distritos ó xefe político, oíndo a Deputación; o texto progresista atribuíalle, de acordo cos seus postulados, esta tarefa á Deputación Provincial, aínda que a súa aprobación lle correspondera ó citado delegado ou ó propio Goberno. O art. 9 da Real orde do 24 de outubro de 1839 ordenaba que a fixera o xefe político coa Deputación.

²² Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 11.

²³ Hai que poñelo en relación cos arts. 11 e 13 do Proxecto de 1840, así como os arts. 6 e 7 do Decreto do 13 de outubro de 1840.

alegarse para non acceder ó cargo: cando foran reelixidos sen gardar un espazo de tempo de dous anos, os sexaxenarios e os deputados a Cortes, senadores e os individuos de concello –esta inclusión era unha novidade– se non transcorrese un ano dende que cesaron nos seus empregos.

O réxime electoral, regulado no título III, seguía as pautas marcadas por propostas anteriores ó recoller unha minuciosa regulación sobre esta materia¹⁸. A convocatoria de eleccións podía verificarse por real convocatoria se fora extraordinaria; ou ben por orde do xefe político se fose ordinaria, isto é, a renovación por terceiras partes cada tres anos, ou parcial nalgunha provincia¹⁹. A elección dos deputados provinciais comezaría, se fose ordinaria, o 1 de novembro; se extraordinaria, o día que fixara a convocatoria real; e se parcial, o que designara na súa orde o xefe político. Estas convocatorias debían publicarse no *Boletín Oficial da Provincia* con suficiente anticipación, e comunicar tamén o local no que debía reunirse a xunta electoral²⁰.

Ó recoller disposicións incluídas con anterioridade en leis ou decretos específicos sobre eleccións de deputacións, o art. 10 do proxecto que nos ocupa viña ordenar que a Deputación formara os distritos electorais de acordo coa comodidade dos electores, sinalando como cabeza os pobos que "por su mayor centralidad faciliten la concurrencia, a no ser que su designación se comprenda en la ley de división territorial". Verificada esta división pasaríase ó xefe político, e se non se opuxera, comunicarlle ós concellos afectados para o seu coñecemento, ó tempo que a mandaría publicar no boletín oficial para que chegara a noticia dos electores. Se, polo contrario, estivera disconforme coa división e o sinalamento, devolveríalle o expediente, coas súas observacións á Deputación Provincial, para que as tomara en conta e modificara o anterior acordo. Pero se a Deputación insistira no por ela acordado, o xefe trasladaríallo ó Goberno para que este decidira en última instancia²¹. Acordada e aprobada a división electoral non podería variarse, salvo que se modificara a división territorial vixente²². Esta norma sería aplicable ós supostos de modificación ou alteración dos límites provinciais, o que obrigaría a ampliar ou reducir os distritos, aínda que estes podían ser distintos para cada unha das eleccións.

Rompendo coa regra marcada polo Decreto do 13 de outubro de 1840 que sinalaba un total de cinco días para as votacións de distrito, aínda que de conformidade co Proxecto de 1840, o art. 13 do texto progresista dispoñía que as eleccións duraran catro días: o primeiro deles para a designación da mesa electoral, e os tres restantes para as votacións²³.

O primeiro día baixo a presidencia do alcalde, ou de quen fixera as súas veces, iniciárase a votación para a elección da mesa electoral definitiva²⁴. Con este obxecto constituiríase previamente unha mesa provisional composta polo alcalde e dous electores por el designados, para que fixeran de escrutadores. De inmediato, os electores pasarían a designar, nas súas papeletas, os candidatos a presidente e catro secretarios escrutadores, que comporían a definitiva. A atribución destes encargos faríase entre os cinco primeiros que máis votos obtiveran pola súa orde. Se os designados non contaran con maioría absoluta, procederíase a unha nova elección, pero só entre os que obtiveran máis votos, en tal caso bastaría a maioría relativa. Os empates resolveríase a sorte²⁵. Se por ventura, esta operación electoral que debería iniciarse ás nove da mañá se terminase antes de transcorrer as seis horas que cada día se destinaban á elección, procederíase de forma inmediata á votación para deputados provinciais. Pero se non se elixira a mesa dentro deste horario, ampliaríase todo o necesario ata constituíla²⁶.

As votacións efectuaríanse mediante papeletas rubricadas. Os votantes apuntaríanse co seu nome e veciñanza despois de comprobada a súa inclusión nas listas, que debían estar na mesa²⁷. As papeletas conterían tantos nomes cantos foran os deputados para elixir, e un suplente por cada partido. As que contiveran máis nomes quedarían anuladas, como os nomes repetidos ou que non puideren lerse. Si valerían as demais, anque incluísen menos nomes dos necesarios²⁸.

Concluída a votación de cada día, a mesa electoral verificaría o escrutinio confrontando o número de votos co de votantes, redactaría a acta e resolvería as reclamacións que se presentasen²⁹. Rematado o escrutinio, anunciaríase o resultado e queimaríanse as papeletas³⁰. Durante os días que durara a votación procederíase, antes das oito da mañá do día seguinte, a publicar na parte exterior do edificio onde se fixeran as votacións, a lista de electores que votaron e o resumo do escrutinio³¹.

Ás dez da mañá do día seguinte ó que concluíse o período de votación, a mesa formaríase un resumo xeral de votos e redactaría a acta final, con mención das reclamacións formuladas, o número de electores, votantes e votos de cada candidato, tamén deben asinala os seus compoñentes³². Tralo cal se nomearía un comisionado para que levara a copia certificada da acta e acudira ó escrutinio xeral da cabeza de partido³³.

O escrutinio debía facelo na cabeza de partido unha xunta xeral composta polo concello en pleno daquela –sen voto nas resolucións– e os comisionados dos distritos. Presidiríaa o alcalde,

²⁴ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 13, que reproduce substancialmente o art. 11 do Proxecto de 1840.

²⁵ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 14, que coincide co previsto no art. 12 do Proxecto de 1840.

²⁶ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 15.

²⁷ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 16, que concorda co previsto nos arts. 13 e 14 do Proxecto de 1840.

²⁸ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 17, último inciso, que reproduce con algunha matización o art. 16 do Proxecto de 1840.

²⁹ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 17, primeiro inciso, que reproduce o disposto no art. 15 do Proxecto de 1840.

³⁰ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 18, que reproduce con algunha excepción –electores por público– o art. 17 do Proxecto de 1840.

³¹ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 19, que reproduce case literalmente o art. 18 do Proxecto de 1840.

³² Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 20, aínda que con algún engadido –expresión de protestas e reclamacións na acta– vén reproducir os arts. 19 do Proxecto de 1840 e 8 do Decreto do 13 de outubro de 1840, pero este último sepárase nalgúns aspectos da regulación arriba mencionada.

³³ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 21, que reproduce con diferente redacción o art. 20 do Proxecto de 1840.

³⁴ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 22, que reproduce os termos do art. 21 do Proxecto de 1840, se ben este non contiña ningunha matización ou previsión similar á recollida no primeiro precepto sobre negárllle-lo voto ós concelleiros do concello da cabeza de partido na adopción de resolucións.

³⁵ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 23, que concorda co art. 22 do Proxecto de 1840.

³⁶ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 24.

³⁷ Proxecto de 18 de abril de 1842, arts. 24 e 28. Ata este texto nunca se recollera que se lle enviaran dúas copias ó xefe político, xa que o normal é que só se lle remitise unha. Concorda no esencial cos arts. 23 e 25 do Proxecto 1840.

³⁸ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 25, que coincide no fundamental co art. 24 do Proxecto de 1840.

³⁹ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 26, que reproduce en termos similares o último inciso do art. 24 do Proxecto de 1840.

⁴⁰ Proxecto do 18 de abril de 1840, art. 27, que reproduce algún dos preceptos propostos por Silveira en 1838.

⁴¹ Os arts. 26 e 27 do Proxecto de 1840 encomendábanlle esta decisión ó xefe político, oída a Deputación. É evidente a diferente concepción política dos moderados -preponderancia das facultades do xefe político- e dos progresistas -prevalencia da Deputación-.

⁴² Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 30. O art. 28 do Proxecto de 1840 determinaba que resolvera o xefe de acordo coa Deputación, acerca de se o elixido tiña ou non as cualidades necesarias. En todo caso, a comisión de revisión de actas electorais viña existindo na totalidade das deputacións provinciais.

con asistencia dos catro secretarios-escrutadores -comisionados máis novos- ou os que houber se non chegaran a esa cifra. Se por calquera circunstancia non puidese acudir a esta localidade un dos comisionados, remitiríasele ó seu alcalde a acta, para que este a presentara na xunta xeral³⁴. Como podería suceder que un mesmo pobo formara dous ou máis partidos, por existir nel dous ou máis xulgados de primeira instancia, faríase o escrutinio xeral da mesma maneira, aínda que con separación entre eles e tamén no mesmo día³⁵.

A correspondente acta de partido, asinaríaa o alcalde, escrutadores e comisionados, con expresión das mesmas circunstancias vistas para as de distrito³⁶. O orixinal gardaríase no arquivo, pero remitiríanselle copias ó xefe político, quen quedaría con unha e lle entregaría a outra á Deputación³⁷.

Ás mesas de cada distrito electoral e ós comisionados das xuntas xerais de partido correspondíalles ir decidindo, cada día e por maioría absoluta de votos, tódalas dúbidas, reclamacións e queixas que puidesen derivarse das eleccións. Os empates decidiríanse concedéndolle voto de calidade ó máis ancián³⁸. O que non podía facer a Xunta Xeral de Escrutinio era anular as actas, posto que o seu papel se reducía a expresar, na que debía elaborar, as dúbidas e reclamacións promovidas, ademais das resolucións que recaesen³⁹.

O presidente en tódalas operacións electorais era o encargado de manter a orde e facer cumprir a legalidade, para o que o texto proposto o revestía e autorizaba con cantas facultades puidera necesitar⁴⁰.

Conforme ó art. 29, a Deputación Provincial nas primeiras sesións que celebrara no segundo prazo da súa reunión, tendo á vista a copia da acta remitida pola xunta de partido, decidiría sobre a validez ou a nulidade do nomeamento⁴¹, ademais da capacidade ou dos impedimentos legais dos designados. Non obstante, cando se procedera á renovación total dunha Deputación, o xefe político convocaría os que foran electos, que se constituirían en xunta preparatoria, baixo a presidencia daquel. Daqueles contra os que non houbera ningunha queixa ou reclamación, designaríase unha comisión de tres individuos para que examinaran as actas dun número igual de deputados; os cales, constituídos en comisión de revisión de actas, proporían a aprobación ou a reprobación dos restantes⁴².

Dous eran os supostos, segundo a renovación fora ordinaria ou extraordinaria. Na primeira non había problemas por que existían uns deputados xa designados. Pola contra, na renovación total, este complicado sistema de dúas comisións sucesivas

de tres deputados cada unha, para resolver exclusivamente se existían supostos de nulidade, era máis complexo. A teor do art. 31, se a Deputación declarara nula algunha das actas, pasaríaa informada ó xefe político, quen despois de agrega-lo seu informe, llo enviaría ó Goberno, a quen lle correspondería resolver con carácter definitivo⁴³.

Unha vez aprobadas as actas e recoñecida a aptitude ou a capacidade legal dos interesados, a Deputación Provincial comunicariallo ó xefe político, para que este fixera o propio co recentemente electo o antes posible⁴⁴.

No suposto de dobre elección por varios partidos xudiciais, o elixido debía manifestarlle ó xefe político por cál deles optaba, antes de tomar posesión, para que a dita autoridade convocara o suplente do partido polo que non optaría, co obxecto de completar así o mínimo legal esixido⁴⁵.

Unha vez que se lles comunicou a súa designación, os novos deputados debían acudir á capital co fin de presentarse perante o xefe político e agardar a que lles sinalara data para a súa toma de posesión. No día fixado debían prestar xuramento de mans do xefe político, conforme á fórmula ritual: "¿Juráis guardar la Constitución de la Monarquía española? ¿Juráis fidelidad de obediencia al Rey o Regente del Reino en su caso? ¿Juráis mirar en todo por el bien de la provincia y haberos bien y fielmente en el desempeño de vuestro encargo? Y responderá: Si juro. El presidente le dirá: Si así lo hicierais Dios os lo premie, y si no os lo demande, sin perjuicio de la severa responsabilidad que se os exigirá con arreglo a la ley"⁴⁶. Hai que resaltar que a única norma que, con relación ás deputacións, regulara en certa medida unha fórmula de xuramento para os seus vocais electos foi o Real decreto do 21 de setembro de 1835, se ben non de maneira tan detallada. Cabe destaca-la terceira pregunta que incidía na defensa do ben da provincia, aspecto por outra parte normal. En canto á responsabilidade había que estar ó disposto nos arts. 52 a 54 deste proxecto e que despois veremos.

Despois de todo este proceso, xa podían as deputacións comezar a desenvolver-las súas funcións. As sesións que vai celebrar a Deputación quedaban reguladas no título IV. Conforme ó art. 36 as corporacións provinciais debían celebrar cada ano dúas reunións ordinarias: a primeira do 9 de marzo ó 30 de abril; e, a segunda do 1 de decembro a 31 de xaneiro do ano seguinte. Este período de sesións podía ampliarse ata quince días máis en cada un deles⁴⁷. Todo con independencia das reunións extraordinarias que se puidesen celebrar, sempre que o Goberno ou o xefe político o considerara necesario⁴⁸. Hai que ter en conta

⁴³ Este precepto vén concordar na súa finalidade co art. 27 do Proxecto de 1840, aínda que neste se lle daba intervención ó Consello de Estado.

⁴⁴ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 32, concorda co art. 26 do Proxecto de 1840.

⁴⁵ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 33, reproduce con lixeiras variacións de redacción o art. 29 do Proxecto de 1840.

⁴⁶ Proxecto do 18 de abril de 1842, arts. 34 e 35.

⁴⁷ Este precepto introducía algunha novidade en canto á concreción de datas con respecto ó art. 31 do Proxecto de 1840. En todo caso, mantíñase, no fondo, a proposta introducida por Silvela nos seus textos de 1838 de dous períodos de sesións, o que se incluíría no Proxecto da Comisión do Congreso daquel ano e a través del nos textos posteriores. O mesmo cabe sinalar da ampliación do período de sesións, anque a duración da prórroga fora diferente segundo as propostas.

⁴⁸ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 36. Este precepto recollía no substancial a redacción que concretara o art. 32 do Proxecto de 1840.

que se establecían con claridade os períodos de sesións, posto que antes se deixaba á libre decisión do Goberno⁴⁹, ou se citaban os meses de celebración, se ben se lle deixaba ó Executivo a designación de datas⁵⁰. Ademais non se establecía un tope de sesións para celebrar durante este período, como o fixeran outros textos, entre vinte e trinta días, aínda que tamén se admitise a prórroga.

Para evitar alteracións desta norma e acabar con calquera intento de discrecionalidade das deputacións, o art. 37 do proxecto que nos ocupa –fiel reprodución do que xa dispuxeran os arts. 41 do Proxecto da Comisión do Congreso no ano 1838 e 33 do Proxecto do 1840– viña determinar que calquera reunión daquelas “fuera de los casos y épocas fijadas es nula, y de ningún valor cuanto en ellas se acordare, sin perjuicio de la responsabilidad en que por ello incurrieren los diputados”. Con iso, evidenciábase un dos puntos do achegamento ou transacción entre os postulados progresistas e moderados en canto á necesidade de somete-las deputacións ás directrices do Goberno.

A presidencia correspondíalle ó xefe político⁵¹. Cando este faltara ás sesións –por ocupacións perentorias, enfermidade ou ausencia– e posto que desaparecía a figura do intendente, era preciso solucionar quén debía asumir a presidencia en tales supostos. O art. 38 dispoñía que se elixira, na primeira sesión das súas reunións, de entre os deputados, un vicepresidente⁵².

Cando os deputados non puideran concorrer, debían comunicarllo ó xefe político, para que este llo fixera saber á corporación. Non obstante se os deputados convocados se atopasen na capital, non concorresen ó chamamento do presidente e non expresasen algún motivo que llo impedira, serían amostados por dúas veces. Se continuaran sen concorrer ou alegar causa que llo impedira, a Deputación podería multalos cunha cantidade que podería variar entre os cincocentos e os cinco mil reais⁵³, aínda que a súa imposición efectiva lle correspondera ó xefe político.

Como podería acontecer –e de feito sucedía na práctica– que as ausencias foran numerosas, o art. 41 do proxecto declaraba que se deixasen de asistir a maioría dos deputados, os que se reuniran cualificarían as escusas dos que faltaran, para poder acordar a imposición dunha multa a todos eles. E, se malia as sancións disciplinarias mencionadas, algún deputado continuara negándose a acudir ás sesións, os que se atoparen reunidos na capital fixarían un prazo para que se presentaran, e se aínda non concorreren, comunicarllo ó xefe político, que lle daría conta ó Goberno, ademais de convocalo suplente⁵⁴. O

⁴⁹ Proxecto da Comisión do Congreso de 1838, art. 39.

⁵⁰ Proxecto do 21 de marzo de 1840, art. 31.

⁵¹ O art. 15 do Proxecto de lei sobre gobernos políticos establecía que esta autoridade “es presidente nato de la Diputación provincial y de los ayuntamientos de la provincia. No podrá dejar de concurrir a las sesiones de aquella a no impedírselo motivos graves... Cuidará de que estos cuerpos celebren sus sesiones con arreglo a la ley”.

⁵² Rompiase deste xeito o costume que recolleran outros textos de lle encomenda-la vicepresidencia ó intendente e, no seu defecto, ó deputado de máis idade: por exemplo o art. 34 do Proxecto de 1840.

⁵³ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 40. O límite arriba citado de cinco mil reais era a cantidade máxima de multa que podía impoñer o xefe político, de acordo co art. 14 do Proxecto que os regulaba do 18 de abril de 1842. Pola súa parte, o art. 36 do Proxecto de 1840 sancionaba os reincidentes cunha multa entre os cincocentos e os dous mil reais, a imposición dos cales lle correspondía ó xefe político.

⁵⁴ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 42.

fundamento desta minuciosa regulación das sancións, fronte á concisión doutros textos anteriores, pode encontrarse na realidade diaria de calquera deputación provincial dende a súa instalación a partir de finais do ano 1812.

Respecto do concreto desenvolvemento das sesións, estas celebraríanse a porta pechada, salvo que a lei dispuxera o contrario⁵⁵. Como sucedía nas cámaras legislativas, nas discusións procederíase de forma alternativa falando uns en pro e outros en contra das decisións, aínda que ningún podería falar se o presidente non lle concedera a palabra, pois a este encomendábase a orde das sesións⁵⁶.

As votacións deberíanse efectuar por maioría absoluta, sen que ningún dos membros da corporación, o presidente incluído, puidera absterse de votar, aínda que se puidera salva-lo seu voto, facéndoo constar en acta⁵⁷. O art. 46 salvaba os empates de maneira similar a como o fixera a Lei de 1823, é dicir, producido o empate repetiríase a discusión e a votación na sesión inmediata, á que se convocaría os individuos que atopándose na capital non asistisen. Se de novo se producira o empate decidiría o voto de calidade do presidente, ou como di o precepto, "se tendrá por acordado el parecer de aquellos con quienes el presidente hubiera votado"⁵⁸. A votación secreta só tería lugar cando o pedise a metade máis un dos presentes⁵⁹, aínda que non podía adoptarse ningún acordo sen o quórum da maioría dos deputados⁶⁰.

Dentro da liña marcada polas propostas moderadas e co ánimo de exercer un maior control sobre estas institucións, os seus acordos, a teor do art. 47, debíaos executar o xefe político⁶¹. Non podía escusarse de levalos a cabo senón cando os ditos acordos non estiveran conformes coas atribucións da Deputación, aínda que para facelo llo debía comunicar á corporación e tamén o poría en coñecemento do Goberno⁶².

Durante os períodos nos que non estivera reunida a Deputación, aqueles negocios urxentes e peculiares desta serían resoltos polo xefe político, baixo a súa responsabilidade aínda que con audiencia dos deputados que se atoparen na capital. Como xa previra a Lei de 1823, o art. 51 do proxecto obrigaba a dar conta, tanto do expediente como da resolución, á Deputación na primeira sesión do inmediato período de reunións, para a súa aprobación⁶³. Non se introducía, en consecuencia, ningunha innovación, posto que as chamadas *comisións de despacho* viñan funcionando en tódalas deputacións provinciais.

Tódolos acordos das deputacións e os feitos máis notables que ocorreren en cada sesión redactaríaos o secretario nunha

⁵⁵ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 43, que vén a coincidir co primeiro inciso do art. 38 do Proxecto de 1840.

⁵⁶ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 44. *Vid.*, art. 15 do Proxecto de gobernos políticos do 18 de abril de 1842.

⁵⁷ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 45. Concorda co segundo e terceiro inciso do parágrafo primeiro do art. 38 do Proxecto de 1840.

⁵⁸ O texto moderado de 1840, no parágrafo segundo do seu art. 38 e de acordo cos postulados de facilita-lo control das deputacións por parte dos xefes políticos, atribuíalles a estes un voto de calidade para desfacer empates.

⁵⁹ Reproduce o parágrafo terceiro do art. 38 do Proxecto de 1840.

⁶⁰ O art. 37 do Proxecto de 1840 dispoñía que "para formar acuerdo se necesita que esté presente la mitad más uno de los diputados". Pero non debe esquecerse que mentres no dito texto o intendente formaba parte da corporación provincial, en 1842 quedaba excluído e, polo tanto, o quórum esixido era máis lóxico.

⁶¹ O fin, con distinta redacción, xa estaba previsto no primeiro inciso do art. 41 do Proxecto de 1840. O art. 16 do Proxecto de gobernos políticos incidía nesta cuestión.

⁶² Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 48. O art. 41 do Proxecto de 1840 decretaba a inexecución en caso de que excedese a Deputación, se ben ó Goberno lle correspondía a súa resolución. O art. 16 do Proxecto de gobernos políticos do 18 de abril de 1842 tamén era suficientemente explícito: "Compete exclusivamente al jefe político la ejecución de los acuerdos de la Diputación provincial".

⁶³ O art. 19 do Proxecto de gobernos políticos do 18 de abril de 1842 dispoñía: "No estando reunida la Diputación, el jefe político despachará los negocios urgentes con acuerdo de los diputados que residan en la capital, debiendo dar cuenta de lo obrado a aquella corporación en su más próxima reunión".

⁶⁴ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 50. O art. 39 do Proxecto de 1840 dispuxera que os acordos os asinarían aquel que presidira e o secretario.

⁶⁵ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 55, a finalidade do cal con diferente redacción era a prevista no art. 40 do Proxecto de 1840.

⁶⁶ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 56.

⁶⁷ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 49. En idénticos termos de supresión das secretarías das deputacións se pronunciaba o art. 42 do Proxecto de 1840, se ben o seu art. 35 establecía o nomeamento dun secretario e dun vicesecretario entre os deputados "que actuarán sólo mientras dure dicha reunión", ordinaria ou extraordinaria. O art. 7 do Proxecto de gobernos políticos do 18 de abril de 1842, dispoñía que "para el despacho de los negocios del Gobierno, así como para los de la Diputación e intendencia, cuyas secretarías quedan suprimidas, habrá una general de gobierno con un secretario, un vicesecretario y un oficial mayor de nombramiento real". O que quedaba completado co previsto no art. 9 do dito texto: "El secretario asistirá sin voz ni voto a las sesiones de la Diputación provincial, custodiará los papeles y libros de actas, cuidará del pronto despacho de todos los asuntos, así del Gobierno como de la Diputación y de hacienda".

acta, que debería aprobarse na sesión seguinte, antes de que se recollesen nun libro, con follas de selo de oficio e foliado. O secretario era responsable da súa exactitude e conservación. As actas quedarían autorizadas coas sinaturas do presidente, do vicepresidente e do secretario⁶⁴.

Como xa se recollera nos anteriores proxectos moderados, as comunicacións que as deputacións puidesen ter con outras autoridades, corporacións e particulares faríanse polo conducto do xefe político⁶⁵. Tamén a dita autoridade sería a vía pola que, a Deputación debería trasladarlle ó Goberno as súas exposicións sobre o interese xeral ou parcial da provincia; salvo que a exposición se referira ó xefe político, xa que neste caso se lle remitiría directamente ó Goberno, con independencia de remitirle a aquel unha copia desta exposición⁶⁶. Era evidente, unha vez máis, o achegamento das ideas progresistas sobre a Administración provincial ás propostas redactadas polos moderados. Non só se trataba de proceder a dictar unha nova regulación e derroga-la Lei do 3 de febreiro de 1823. A última finalidade era someter de forma mediata as deputacións ós dictados do Goberno, e nesta cuestión as diferentes tendencias do liberalismo estaban de acordo aínda que non o manifestaran abertamente.

Verbo deste achegamento de propostas, control das deputacións e redución de atribucións, a secretaría das mesmas sería a do respectivo Goberno político. A razón da unión xustificábase polo Goberno na súa exposición, ó afirmar que "la unión y la celeridad de la administración aconseja en concepto del Gobierno, las supresiones de propuestas de empleos de las Diputaciones e intendencias, reuniéndolas en una sola secretaría, y bajo las órdenes de un solo jefe, con economía considerable de gastos". Na súa virtude, o secretario do Goberno político instruiría os expedientes e prepararíalos para presentalos nas épocas nas que se reunira a Deputación. Ademais, no caso de ausencias ou enfermidades, sería substituído polo vicesecretario ou oficial maior do Goberno político⁶⁷.

Por outra parte, os arts. 52 a 54 deste Proxecto de abril de 1842 establecían as regras que se aplicarían para suspender ou disolver unha corporación provincial. Sistematizando as súas regras cabe sinalar que:

■ a suspensión ou separación de deputados, tralo oportuno expediente, corresponderíalle ó Rei; aínda que este se lle debería remitir ó tribunal competente para que iniciara a causa antes de oito días dende a suspensión ou a separación do deputado.

■ a suspensión de toda a corporación, competíalle tamén ó rei, "si así lo creyese conveniente al bien del país". A suspensión

só podía durar dous meses, salvo que as Cortes non estiveran reunidas, posto que neste caso a suspensión continuaría ata que o Goberno presentara un proxecto de disolución⁶⁸.

■ a disolución dunha deputación debería facerse por unha lei, en suma, corresponderíalles impoñe-la sanción máis grave ás Cortes⁶⁹.

É moi significativo para comprende-lo proxecto en todo o relacionado coas atribucións destes corpos provinciais, un artigo publicado pouco despois de presentarse o texto ante o Senado, que no fondo me parece escrito por un dos redactores do proxecto ou quizais por algún dos administrativistas que daquela destacaban:

"Las atribuciones de las Diputaciones provinciales están distribuidas en tres clases o categorías: primera de las cosas que deben acordar y determinar definitivamente; segunda, de aquellas en que de los fallos o resoluciones de las mismas Diputaciones puede apelarse al Gobierno; y tercera, de las en que deben utilizarse las luces y conocimientos prácticos y locales de aquellas corporaciones. En esta clasificación se distingue la administración propiamente tal de la provincia y la administración general del Reino; esto es, los intereses generales o de orden público, y los particulares de una división territorial; los unos son morales y políticos, los otros positivos y materiales. Estos, que se hallan contenidos en los doce párrafos del art. 57, están encomendados exclusivamente a las Diputaciones provinciales; y su fallo, como ya hemos dicho, es en estas materias definitivo. Pero cuando se trata de intereses generales del Estado, como en los cuatro casos que expresa el art. 58, es decir, cuando los acuerdos de las Diputaciones recaen sobre repartimiento de hombres para el reemplazo del ejército, o sobre las contribuciones generales, provinciales o municipales, o sobre nulidad o validez de las actas de elección para diputados provinciales, o sobre demarcación de distritos electorales; entonces aun cuando la administración general se vale para la ejecución de las leyes de la capacidad y experiencia de los representantes de la provincia, conserva siempre el derecho de enmendar sus acuerdos y de revocar sus resoluciones... se asegura a las mismas el grado de emancipación que les corresponde, dejando al poder supremo, representante del orden público y encargado de la ejecución de las leyes, libre y expedita su acción para administrar y gobernar el país, y asegurar el cumplimiento de la ley. No es tan fácil deslindar las atribuciones de las Diputaciones provinciales como las de los ayuntamientos. La unidad municipal es un elemento constitutivo de la sociedad; la provincia no es más que una fracción de la sociedad ya constituida, una mera división administrativa; por eso las más veces se confunden sus intereses con los del Estado... y por consiguiente las facultades de las Diputaciones se modifican por necesidad según la naturaleza de los intereses que predominan"⁷⁰.

⁶⁸ Fronte a estas posibilidades, o art. 43 do Proxecto de 1840 era máis conciso e propoñía unha solución máis inmediata, pois o xefe político "bajo su responsabilidad, y en casos muy graves, puede suspender las sesiones de la Diputación provincial y alguno o algunos de sus individuos, dando cuenta inmediatamente al Gobierno". Hai que destacar, sen embargo, que ó elevar un nivel a autoridade a quen lle correspondía suspender-los deputados -pois non se mencionan as sesións- e encomendárllle-la súa resolución definitiva ós tribunais -como recollera o art. 44 do Proxecto moderado-, se proporcionaban unha serie de garantías, que evitaban a discrecionalidade temperamental de calquera xefe político.

⁶⁹ Modificábase substancialmente o sistema proposto polo art. 44 do Proxecto de 1840, en virtude do que a disolución lle correspondería ó Rei, óndo o Consello de Estado. De novo se manifestaban os postulados progresistas, ó encomendarlle ó poder lexislativo e non ó executivo a sanción maior.

De acordo con estes principios, o art. 57 do proxecto establecía que “toca a las Diputaciones provinciales acordar y determinar definitivamente” –empregando a mesma expresión que xa utilizara o Real decreto do 21 de setembro de 1835⁷¹– sobre as seguintes materias: hora e local en que debían celebrarse as sesións; formación do regulamento que considerara necesario para a boa orde das sesións⁷²; as reclamacións que os particulares fixesen contra os acordos dos concellos nas súas atribucións⁷³; os impedimentos e excusas para servi-lo cargo de concelleiro⁷⁴, ademais dos expedientes instruídos con motivo do cambio de veciñanza dalgún deles; inclusión ou exclusión nas listas electorais⁷⁵; sistema de administración das propiedades provinciais, condicións do seu arrendo, nomeamento e soldo dos administradores; uso e destino dos edificios provinciais, así como os cambios ou permutas deles; litixios, accións activas ou pasivas que conviñera soste; aceptación ou renuncia de donativos, mandas ou legados á provincia; concesión ou denegación de moratorias e esperas para o pagamento de cantidades repartidas a unha vila para atende-los gastos provinciais⁷⁶; e, condo-

⁷⁰ *Gaceta de Madrid*, 25 de abril de 1842, n.º 2754.

⁷¹ No artigo da *Gaceta de Madrid* citado arriba interpretábase que ó predominar nas materias que se enumeraban os intereses locais e provinciais “en buena hora que la Diputación obre y resuelva sin restricciones y definitivamente”.

⁷² Bastantes deputacións provinciais xa tiñan os seus propios regulamentos de réxime interior, polo que o proxecto só se limitaba a recoñece-la realidade existente.

⁷³ Admitíase, polo tanto, estes recursos en parecidos termos a como o fixeron a Instrucción de 1813 e a Lei de 1823; co fin de separarse das propostas moderadas que lles encomendaban esta facultade ós consellos provinciais ou á Comisión de tres membros da Deputación que prevía o art. 51 do Proxecto de 1840. O que se completaría co recollido no art. 62 do Proxecto de concellos do 13 de marzo de 1842: “si algún vecino u otro interesado se sintiere agraviado de los acuerdos y determinaciones del Ayuntamiento, podrá acudir en queja a la Diputación pro-

vincial o al jefe político, según que el caso corresponda a una u otra autoridad”; con independencia da posibilidade de defende-los seus acordos prevista no artigo seguinte. Incluso, o art. 57 deste último texto, despois de enumera-las atribucións que lles correspondían ós concellos, determinaba que “cuanto se acuerde sobre los diferentes objetos de que trata este artículo podrá llevarse a efecto, quedando sujeto, sin embargo, a la revisión, suspensión o reforma de la Diputación provincial, o el jefe político si hubiere reclamación en contra”. Ademais, establecíase outra serie de supostos nos que os concellos necesitaban a autorización das corporacións provinciais para adoptar algunhas medidas –o art. 50 esixía o consentimento da Deputación para depoñe-lo secretario- ou para que os seus acordos fosen executivos –art. 58–. Nos casos nos que os concellos faltaren ó cumprimento das súas obrigas, as sobrepasasen ou non executasen ordes superiores, as deputacións no seu ámbito competencial podían sancionala, a teor do art. 72 do Proxecto do 13 de marzo de 1842.

⁷⁴ O art. 16.4º do Proxecto de concellos de marzo de 1842 dispoñía que “la Diputación provincial, por causas especiales, podrá dispensar este requisito –saber leer y escribir– y el de los huecos y parentescos en los pueblos que no pasen de 1.000 vecinos, oyendo al Ayuntamiento”. O art. 17 enumeraba as causas de excusa; os arts. 43 e 44 obrigaban a comunicarlle á Deputación Provincial o escrutinio xeral das eleccións e das persoas elixidas para os oficios municipais; e, o art. 48 establecía de comunicarlle á Deputación a instalación do novo concello.

⁷⁵ Este asunto era bastante importante, xa que ó non atribuírselles ós xefes políticos e manterse a normativa existente naquel momento, se amparaba unha maior imparcialidade no proceso electoral. O art. 21 do Proxecto de concellos do 13 de marzo de 1842 dispuxo que os que non se conformasen coa resolución da corporación municipal acerca da resolución sobre as listas electorais dos veciños para a súa elección, poderían acudir á Deputación Provincial.

⁷⁶ Algunhas destas materias enumerábanse no art. 46 do Proxecto de 1840, en virtude do cal as deputacións podían “deliberar y acordar”, pero non definitivamente pois só se levarían a efecto despois de que as aprobase o rei ou o xefe político.

nación da cota correspondente a un pobo no repartimento de gastos provinciais⁷⁷.

Como se pode comprobar, parece que se admiten unha serie de atribucións con relación a materias moi diferentes, pero que poden agruparse da seguinte maneira: réxime interno; resolución governativa de certos asuntos; administración do patrimonio provincial; e, xestión do orzamento provincial. Merece destacar o terceiro punto, que lles permitía ás deputacións resolver, dentro do marco das súas atribucións, as reclamacións feitas polos particulares contra os acordos municipais, facultade que se enmarca máis na liña trazada pola Lei de 1823, que polos proxectos moderados, dos que o proxecto que nos ocupa tomaba boa parte das materias⁷⁸.

Nun ámbito diferente, encóntranse as facultades que lles atribúen ás deputacións o art. 58, xa que sobre as materias que este enuncia, aquelas "acuerdan y determinan", pero "contra sus decisiones puede recurrirse al Gobierno". Na interpretación oficial ou oficialista xa aludida, entendíase que nestas materias prevalecía o interese nacional e "*se convierten en meras deliberaciones, los acuerdos de las diputaciones*"⁷⁹. Estes asuntos eran dos máis tradicionais encomendados ás ditas corporacións: reclamacións que fagan os concellos sobre a cantidade de homes que lles correspondese no repartimento da quinta do Exército; reclamacións dos pobos contra as cotas que lles correspondesen no repartimento de contribucións nas derramas de gastos provinciais⁸⁰; validez ou nulidade das eleccións de deputados provinciais e aptitude legal destes; e, demarcacións de cabezas de distritos electorais. Para salva-la executoriedade inmediata das súas decisións nestas materias, o último parágrafo deste precepto determinaba a obrigatoriedade dos seus acordos ata que recara resolución en contrario do Goberno, para o suposto que foran recorridos⁸¹.

Por fin, os arts. 59 e 60 determinaban os casos en que as corporacións provinciais debían ser oídas e os casos en que debían emitir informes, que non é senón unha modalidade de audiencia. Nestes casos entendíase que os acordos das deputacións sobre estas materias quedaban reducidos a simples *dictames y consejos*⁸². Debían ser oídas: na determinación das condicións de acordo coas cales se debían poxa-las obras da provincia, aínda que se satisfixeran con fondos do Estado; na dirección que debían toma-los camiños que atravesaran a provincia; demarcación dos límites provinciais e sinalamento dos de partido; concesión de feiras e de mercados; creación, supresión ou agregación de concellos e sinalamento de termos xurisdiccionais; e, for-

⁷⁷ Hai que advertir que aínda que non aparece mencionado, o presuposto municipal despois de ser discutido e aprobado, "pasará a la aprobación de la Diputación provincial con el informe de los síndicos", e se os ingresos non cubrisen os gastos, o concello «propondrá a la Diputación provincial los medios de hacerlo por algún arbitrio o repartimiento vecinal» segundo os arts. 91 e 93 do Proxecto de concellos do 13 de marzo de 1842.

⁷⁸ Resulta curioso que mentres o art. 45 do Proxecto de 1840 sinalaba que as deputacións podían "acordar definitivamente" sobre repartimentos de quintas e contribucións; e, no art. 46 só *acordar* unha serie de puntos -propiedades provinciais, por exemplo-; agora o Proxecto do 18 de abril de 1842 permite que o acordo sexa definitivo.

⁷⁹ *Gaceta de Madrid*, 25 de abril de 1842, n.º 2754.

⁸⁰ Hai que advertir que estas materias eran das que o art. 45 do Proxecto de 1840 lles permitía ás deputacións "acordar y determinar definitivamente con arreglo a las leyes".

⁸¹ Establecíase unha vía governativa na que se admitía un recurso de alzada contra a decisión da Deputación, a resolución do cal lle correspondía resolver ó Goberno. De novo, encontramos con coincidencias máis achegadas á Lei do 3 de febreiro de 1823 que ás concepcións moderadas do réxime provincial.

⁸² *Gaceta de Madrid*, 25 de abril de 1842, n.º 2754.

mación da estatística e do censo de poboación⁸³. Deberían emitir informes, ademais, sobre calquera asunto que estivera dentro das súas facultades, cando llo pedise o Goberno e o xefe político, porque xulgaran conveniente oílas⁸⁴.

En todo caso, convén poñer en relación tamén as atribucións e materias encomendadas ás deputacións co art. 47 do proxecto, que facultaba o xefe político para executa-los acordos da Deputación; e, ó mesmo tempo, co título II do Proxecto sobre gobernos políticos do 18 de abril de 1842, que lles concedía ós xefes políticos, entre outras, as seguintes atribucións: recadación e investimento dos fondos públicos; comunicarlles ós pobos as normas emanadas das autoridades civís; aprobar, en nome do Goberno, as contas de propios e arbitrios, despois de repasadas pola Deputación; da-lo seu parecer sobre o presuposto provincial e dos pobos ó remitilos á aprobación do Goberno; e, o servizo de bagaxes, aloxamentos e subministracións.

Merece tamén destacar que o art. 20 deste último proxecto citado, viña determinar que, "aun cuando el jefe político pida informe a la Diputación o ilustre la opinión de este cuerpo en las discusiones que preside, la responsabilidad de lo resuelto será de quien por la ley está obligado a deliberar sobre el asunto". A solución non parece clara, posto que habería que estar a cada caso en concreto, a cada unha das materias sobre as que recaera a potestade de ámbalas dúas autoridades, de modo que a responsabilidade sería de quen acordara dentro do marco das súas competencias. Desta maneira adoptábase unha solución similar á que xa establecera a Lei de 1823 para deslinda-la responsabilidade de deputacións e xefes políticos, segundo a natureza do negocio.

O título VI e último, do mesmo xeito que fixeran os proxectos anteriores dende o elaborado pola Comisión do Congreso en 1838, dedicábase á formación e contido do presuposto provincial. O art. 61, en consonancia coa atribución á Deputación de certas facultades que os textos moderados lles entregaban ós xefes políticos, preceptuaba que nos primeiros días do período de sesións que comezaba o 19 de marzo⁸⁵, a dita corporación se ocupara na formación discusión e votación do orzamento provincial que habería de rexer no ano seguinte. A aprobación deste mesmo correspondíalle ó Goberno, co cal se aceptaba o obxectivo final proposto desde 1838: o control centralizado da decisión económica das deputacións provinciais. Novo punto de acordo entre progresistas e moderados.

Os gastos podían ser obrigatorios e voluntarios de acordo co disposto nos arts. 62 e 63 do proxecto, que pola súa vez enu-

⁸³ Esta relación e a facultade concedida ás deputacións polo art. 59 do Proxecto de 1842 está, tamén, máis próxima á Lei de 3 de febreiro de 1823 que ás propostas moderadas elaboradas en 1838-40.

⁸⁴ A redacción do art. 60 do Proxecto de abril de 1842 difire do apartado 4 do art. 47 do Proxecto de 1840, xa que este se limitaba a indicar que "se oirá el informe de las Diputaciones provinciales... sobre cualquier otro asunto en que lo dispongan las leyes o tenga a bien el Gobierno oír su parecer".

⁸⁵ Existe unha contradicción entre os arts. 36 e 61 deste Proxecto en canto á fixación do día en que comezaba este período de sesión, posto que mentres o primeiro se refire ó 9 de marzo, o segundo faíno ó 19 do dito mes. Na miña opinión a dúbida debe salvarse a favor do día 9.

meraban os relacionados nos arts. 53 e 54 do Proxecto de 1840, tomados estes pola súa vez dos arts. 65 e 67 do Proxecto da Comisión do Congreso de 1838, aínda que con lixeiras modificacións de redacción e algunha novidade que non afecta ó substancial.

Eran gastos obrigatorios os seguintes: os que esixiran a conservación de predios provinciais, como o alugueiro e reparación dos destinados a usos da provincia; pago de contribucións polas propiedades provinciais; débedas sobre a provincia e os seus réditos; quión repartido á provincia para mante-los presos das audiencias, "entre tanto no se prescriba por medio de outra ley la forma en que estas atenciones deben ser cubiertas"; conservación e reparación de pontes, camiños, obras provinciais, "o en lãs que entre a parte con el Estado o con otra provincia"; os necesarios para establecementos de beneficencia e instrucción pública, "o el suplemento de gastos cuando dichos establecimientos tengan rentas por sí y no sean suficientes"; os indispensables para as xuntas provinciais de beneficencia e agravios en materia de quintas; os destinados ás eleccións a Cortes; a subscrición ó boletín oficial, á Gaceta "y cualesquiera otros periódicos, obras, memorias o folletos que se publiquen de orden del Gobierno, y se consideren útiles y necesarias para el fomento del comercio, agricultura, industria, artes e instrucción pública"; as dotacións de médicos de baños, é dicir, de balnearios; os que ocasionen as epidemias ou pragas; e, tódolos demais que polas leis se prescribieran a cargo das deputacións. Tódolos que non se incluían na enumeración de gastos obrigatorios terían a consideración de gastos voluntarios, entendendo por tales os que tiveran un carácter extraordinario.

O art. 64 recollía a distinción entre ingresos ordinarios e extraordinarios⁸⁶. O dito precepto e o seguinte reproducían literalmente os que enumeraban os arts. 56 e 57 do Proxecto do Goberno do 21 de marzo de 1840⁸⁷.

Para os gastos voluntarios que pretendere facer a provincia e para os ingresos destinados a cubrilos, polo seu carácter extraordinario, como tamén para contraer préstamos, a provincia necesitaría a autorización das Cortes por medio dunha lei⁸⁸. Pero cómo podería suceder que tódolos ingresos, ordinarios e extraordinarios, non foran suficientes para cubri-lo presuposto da provincia, o déficit salvaríase mediante unha contribución entre os pobos da mesma, "con arreglo a las bases de las contribuciones nacionales directas que corresponden a cada uno"⁸⁹. Isto con independencia da facultade recoñecida ó Goberno de desbotar calquera partida de gastos ou ingresos voluntarios; e da

⁸⁶ Fiel reproducción do art. 55 do Proxecto de 1840.

⁸⁷ Considerábanse ordinarios: as rendas dos predios rústicos e urbanos que teña ou poida ter a provincia; o produto dos portádegos e portaxes provinciais, e calquera outros arbitrios legalmente establecidos para os seus gastos; os réditos de censos, capitais postos a interese, e de papel do Estado; e, todo imposto, dereito ou percepción autorizado polas leis. Mentres que se incluían na clase de extraordinarios: o prezo en venda dos predios rústicos e urbanos e demais dereitos que se alleen; os donativos, legados e mandas feitos á provincia; o capital dos censos que rediman e o valor do papel do listado que se allee; o produto dos empréstitos que se contraían; e, todo ingreso accidental.

⁸⁸ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 68, que concorda co art. 61 do Proxecto de 1840.

⁸⁹ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 69, que corresponde co art. 60 do Proxecto de 1840, aínda que neste, a aprobación lle correspondía ó Goberno.

posibilidade de aumenta-la parte referente a gastos obrigatorios. Neste último suposto, debería o Executivo darlle audiencia ó xefe político e á Deputación⁹⁰.

Cando por calquera motivo imprevisto non se aprobase o presuposto antes de principia-lo ano, ordenábase que continuara rexendo o do ano anterior⁹¹.

A pesar de carecer de empregados propios a Deputación, establecíase que para a recadación dos fondos destinados a cubrir tódolos gastos e a cobranza dos ingresos ordinarios, a Deputación nomearía, baixo a súa responsabilidade, un recadador. Este estaría obrigado a prestar fianzas, a cobrar aqueles e gozaría dun tanto por cento do recadado⁹². O recadador non podía, baixo ningún pretexto, entregar cantidade ningunha sen a previa orde da Deputación, autorizada polo seu presidente, vicepresidente ou un vocal e o secretario. En caso de obrar contra esa prohibición, sería da súa conta a cantidade entregada⁹³.

O art. 72 variaba de forma substancial o réxime de fiscalización das contas. Mentres os proxectos da Comisión do Congreso de 1838 e do Goberno de 1840 lle encomendaban a misión da súa presentación ó xefe político, agora será o recadador o obrigado a facelo nos primeiros días da primeira época de reunións do ano, coa conta do recadado e investido e a documentación que o xustificara. A Deputación nomearía, entre os seus membros, unha comisión que examinara e dictaminara as contas. Aprobadas pola corporación, pasaríanselle ó xefe para que as completara co informe e llas remitira ó Goberno para a súa aprobación definitiva. O último paso era a publicación do orzamento e das contas no *Boletín oficial da Provincia*⁹⁴.

Concluía o Proxecto do 18 de abril de 1842 coa oportuna cláusula derogatoria da normativa vixente que fora contraria ó texto⁹⁵. Resulta obvio que esta medida afectaba, sobre todo, á Lei do 3 de febreiro de 1823 contra a que se aliaron no esencial moderados e progresistas entre 1838 e 1845, máis alá das súas discrepancias sobre a prevalencia do xefe político sobre a Deputación, ou viceversa.

Concepción de Castro, ó referirse ós proxectos provincial e municipal, afirma que "ambos proxectos ofrecen un modelo liberal y prudentemente descentralizador que corrige las deficiencias imputables a la Ley de 1823"⁹⁶. En efecto, fronte á mencionada Lei do trienio admítense unha maior intervención dos xefes políticos; redúcense e tásanse as sesións; e, sobre todo, redúcense as competencias das corporacións provinciais, pero non no extremo que se propuxera nos textos moderados. Fronte ós proxectos de 1838 e 1840, a estrutura dos cales copia con des-

⁹⁰ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 67, que reproduce o art. 59 do Proxecto de 1840, salvo a facultade de reducir que este incluía.

⁹¹ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 66, reprodución do teor do art. 58 do Proxecto de 1840.

⁹² Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 70. Os proxectos moderados encomendábanlle a xestión e a recadación ou á Tesourería de rendas da provincia ou á Pagaduría do Goberno político, posto que o obxectivo era controla-la súa actuación desde as oficinas provinciais do Executivo.

⁹³ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 70. Os proxectos moderados encomendábanlle a xestión e recadación ou á Tesourería de rendas da provincia ou á Pagaduría do Goberno político, posto que o obxectivo era controla-la súa actuación desde as oficinas provinciais do Executivo.

⁹⁴ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 73, que reproduce en termos similares o art. 65 do Proxecto de 1840.

⁹⁵ Proxecto do 18 de abril de 1842, art. 74, copia literal do art. 66 do Proxecto de 1840.

⁹⁶ *La Revolución liberal*, páx. 163.

caro, ampliábase o número de deputados provinciais, as facultades das corporacións –en especial sobre recursos e reclamacións– aumentan, admítase que teñan unha burocracia para a xestión económica e regúlase a responsabilidade tanto das deputacións como dos xefes políticos⁹⁷.

Na miña opinión, desde un punto de vista formal ou estrutural, segue o modelo do proxecto da Comisión do Congreso de 1838 a través do proxecto do Goberno do 21 de marzo de 1840. Non obstante, desde un punto de vista material, o proxecto afástase tanto da regulación do Trienio como dos proxectos moderados, para situarse máis na liña que marcara a Instrucción de 1813, pero adaptando esta concepción ós criterios dominantes na ciencia administrativa, ademais da lóxica acomodación ás novas circunstancias sociais e temporais.

Alejandro Oliván, para referirse ós proxectos municipal e provincial formados polo Goberno de Antonio González en 1842, achacáballes tres puntos débiles: a falta de claridade e explicación en materia de presupostos e contas, as atribucións impropriamente conferidas ás corporacións populares e a dependencia delas entre si. Aínda que non deixará de verse nelas “una tendencia reaccionaria a la centralización excesiva”, por atribuírle ó Goberno a aprobación dos orzamentos dos pobos e por someter a completa submisión as deputacións⁹⁸.

⁹⁷ De CASTRO sostén que “las Diputaciones reciben unas facultades bastante amplias, tanto en lo que se refiere a la administración provincial como a la supervisión y control de la municipal, aunque siempre pueda recurrirse contra sus acuerdos de gobierno”, en *La Revolución liberal*, páx. 163. Reproduce esta idea sen cita-la súa autora e reitera o mesmo erro na mención da fonte con respecto ós diarios de sesións, que non é o do Congreso senón o do Senado, Manuel SANTANA MOLINA ó sinalar que “bajo la regencia de Espartero se presenta un Proyecto de Diputaciones con los dos aditamentos que van a identificar a las Corporaciones provinciales de índole progresista: amplia base de representación, en número y sistema de elección, y también un amplio espectro de facultades, tanto en lo que se refiere a la administración provincial como en lo relativo al control de los Ayuntamientos”, en *La Diputación provincial en la España decimonónica*, Madrid, 1989, páx. 115. Na miña opinión, sen embargo, o control sobre os concellos redúcese a acordar e determinar definitivamente sobre as reclamacións que os particulares fixesen contra os acordos dos concellos nas súas atribucións -xa que de momento non se consideraba a creación de consellos de provincia-, moratorias ou esperas para pago das cantidades repartidas a unha poboación por gastos provinciais ou condonación da cota repartida a un pobo na derrama de gastos provinciais (art. 57.3, 11 e 12); acordar e determinar, sen prexuízo do recurso ante o Goberno, as reclamacións dos concellos contra o repartimento da quinta de mozos e das contribucións (art. 58.1 e 2), e, ser oídas na creación, supresión ou agregación dos mesmos e sinalamento de termos (art. 59.5). Mentres que con referencia á Administración provincial, baste remitirse á interpretación que se facía no artigo da *Gaceta de Madrid* xa citado, aínda que resulta obvio a ampliación de facultades en relación coas propostas moderadas incluídas nos proxectos do Congreso de 1838 e do Goberno de 1840, para posterga-las atribucións que lles recoñecía a vixente Lei de 1823.

Defendería o principio polo que as ditas corporacións non debían ter funcións de execución, aínda que si de deliberación, regularización e de censura⁹⁹. En consecuencia, sobre a Deputación debería recaer-la vixilancia dos intereses colectivos que afectarían ó todo ou a unha parte da provincia e tivesen que atenderse cos fondos desta, ademais do repartimento de contribucións¹⁰⁰.

Para negárle-la facultade de alleamento, Oliván acode á súa orixe electiva e á gratuidade con que desempeñaban as súas funcións os deputados provinciais, o que impedía colocalas baixo a dependencia do Goberno ou os seus axentes, e sen que estes puideran asumir-la responsabilidade dos seus actos. Iso provocaba que as deputacións foran independentes e irresponsables. Consecuencia destas apreciacións, "es que la corporación administrativa provincial no puede tener atribuciones de resolución definitivas, si no acaso en los repartimientos ni tampoco le corresponde intervenir en los negocios políticos, como las elecciones a Cortes, que no debe ejercer autoridad sobre las corporaciones locales, pues todo eso es propio de la administración general responsable"¹⁰¹. Incluso, rexeitaba por inconstitucional o asento, voto –de calidade en caso de empate– e presidencia que os xefes políticos tiñan nas deputacións¹⁰².

Desde un punto de vista político, se o Proxecto do ano 1840 admitiu algúns aspectos do programa progresista, agora co Proxecto do 18 de abril de 1842 vai suceder o contrario, é dicir, vanse admitir criterios sostidos polos moderados. Quizais, en último termo, esa busca da transacción, sen perder de vista as propostas de cada ideoloxía, pretendía darlle saída a un proxecto capaz de atender-la necesidade de reforma-la Lei de 1823. A centrali-

⁹⁸ *De la administración pública con relación a España*, Estudio preliminar de Eduardo García de Enterría, Madrid, 1954, páxs. 252 a 254.

⁹⁹ Os principios que propoñía para que rexeran concellos e deputacións eran os seguintes: "no debiendo las corporaciones tener otras incumbencias que las que puedan cumplidamente desempeñar en beneficio público, nunca conviene atribuirles funciones de ejecución"; e, "consistiendo las funciones que según su índole y composición pueden desempeñar satisfactoriamente los cuerpos colegiados en las de deliberación, de regularización y de censura, esas son, y no otras, las que les convienen y corresponden", en *De la administración*, páxs. 254 a 256.

¹⁰⁰ *De la Administración*, páxs. 259 e 260.

¹⁰¹ *De la administración*, páxs. 260 e 261. Para maior abastanza poñía de manifesto que "será bien hacer notar lo erróneo de la disposición contenida en los proyectos del Ministerio González, que requiere la intervención de una ley para la disolución de una Diputación provincial o de un ayuntamiento. La ley tiene por objeto derogar o modificar otra ley, crear derecho u obligaciones, pero de ninguna manera el cumplimiento de las leyes, que esa es simple medida de ejecución", en pág. 262.

¹⁰² *De la administración*, páxs. 267 e 268.

zación, sen embargo, era admitida desde ámbolos dous lados, e o único que os diferenciaba era o grao que debía alcanzar.

Naquel momento, sen embargo, as protestas contra o Proxecto do Goberno non se fixeron esperar. Cabe mencionarl as reaccións, entre outras, das seguintes deputacións provinciais: Guadalaxara¹⁰³, Soria¹⁰⁴, Baleares¹⁰⁵, Albacete¹⁰⁶, Castellón¹⁰⁷, A Coruña¹⁰⁸, Xirona¹⁰⁹, Granada, Huelva, Zaragoza¹¹⁰ e Barcelona¹¹¹. As numerosas críticas recibidas pola mingua de atribucións que supoñían para estes corpos e quizais tamén os precedentes políticos de 1840, deberon influír de maneira notable no ánimo do Goberno. A oposición ós proxectos baseábase na inclinación política que fixera caer o Goberno moderado, de maneira que a poboación se mostraba resentida ó admitir un gabinete progresista boa parte das propostas moderadas sobre o réxime provincial¹¹². A busca dunha saída ós intentos de re-

¹⁰³ Non se fixo esperar a súa réplica contra o Proxecto sobre organización e atribucións dos corpos provinciais. Na sesión desta corporación do 24 de maio de 1842, despois dunha detida conferencia, acordouse dirixir ás Cortes unha exposición. O contido é o seguinte: "La Diputación provincial de Guadalajara ha visto con sentimiento los dos proyectos de ley presentados por el Gobierno para la nueva organización de ayuntamientos y Diputaciones provinciales. Después del Voto Nacional solemnemente manifestado en el pronunciamiento de septiembre de 1840, parecía imposible ver otra vez restringidos los derechos propios de estos cuerpos populares y reproducidos los principios que allí se condenaron. Llena de esperanzas esta Diputación en la sabiduría y patriotismo de las Cortes descansa tranquila en que, desechando ambos proyectos, pondrán en su lugar las verdaderas y naturales funciones de estas autoridades tutelares de los pueblos para que con desembarazo, y siempre, puedan sostener su libertad y proveer al bien estar y prosperidad de los mismos", en Arquivo da Deputación de Guadalaxara, leg. 621.1, Sección do 24 de maio de 1842. Publicada no *Boletín Oficial da Provincia* do 1 de xuño de 1842. D.S.S., seccións do 30 de maio e 20 de xuño de 1842, ns. 67 e 69, páxs. 1136 e 1160, respectivamente, na última sesión acordouse que pasará á Comisión especial de deputacións.

¹⁰⁴ D.S.S., Sección do 20 de xuño de 1842, n.º 69, páx. 1160.

¹⁰⁵ D.S.S., Sección do 21 de xuño de 1842, n.º 70, páx. 1177; e diarios de sesións do Congreso dos Deputados (=D.S.C.D.), Sección do 20 de xuño de 1842, n.º 128, páx. 3576.

¹⁰⁶ D.S.S., Sección do 21 de xuño de 1842, n.º 70, páx. 1178.

¹⁰⁷ D.S.C.D., Sección do 30 de maio e 20 de xuño de 1842, n.º 127 e 128, páxs. 3568 e 3576. Acusaba o proxecto de infrinxilo art. 71 da Constitución e de atacalo art. 5 do título I da mesma.

¹⁰⁸ D.S.C.D., Sección do 20 de xuño de 1842, n.º 128, páx. 3576.

¹⁰⁹ D.S.C.D., Sección do 23 de xuño de 1842, n.º 131, páx. 3665. Atácao por inconstitucional.

¹¹⁰ D.S.C.D., Sección do 2 de xullo de 1842, n.º 138, páx. 3876.

¹¹¹ D.S.C.D., Sección do 13 de maio de 1842, n.º 114, páx. 3153. Consideraba esta Deputación que o proxecto era "un ataque manifesto a la Constitución, pues reduce a nulidad estos cuerpos, garantidos por el art. 69 de la Constitución. La Diputación provincial de Barcelona recuerda a las Cortes el alzamiento de 1 de septiembre de 1840 y las causas que lo produjeron".

¹¹² Para SANTANA MOLINA "el Proyecto tampoco llegó a aplicarse debido al pro-

ceso de la política de Espartero, primero, y de los sucesivos gobiernos de Joaquín M. López y Olózaga, después", en *La Diputación provincial*, páx. 116. Con independencia da vaga alusión que fai a tódolos acontecementos que sucederon entre o verán de 1842 e novembro de 1843 como fundamento da non promulgación do Proxecto de Facundo Infante, chama a atención o seu descoñecemento sobre a elaboración do Proxecto do 14 de novembro de 1842.

¹¹³ “En el panorama político de la Regencia había, por lo tanto, una cuestión muy concreta que era necesario resolver con urgencia, a saber: la de la intensidad de la intervención y control del poder central sobre los Ayuntamientos y Diputaciones. Cuestión que escondía otra más profunda y abstracta: la de determinar hasta qué punto y en qué medida los pueblos y provincias se integraban en el Estado o eran meros satélites de él, cuerpos exteriores aunque sometidos a su influencia”, como puxo de manifesto NIETO, Alejandro, *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Madrid, 1996, páx. 89.

¹¹⁴ Hai que ter presente que a presidencia do Consello de Ministros a asumira Rodil, posto que Antonio González caera o 31 de maio. Os decretos que aceptaban as demisións dos ministros e o nomeamento dos seus substitutos, en *Gaceta de Madrid*, 17 de xuño de 1842, n.º 2807.

¹¹⁵ D.S.S., Sección do 27 de xuño de 1842, n.º 72, páx. 1210.

¹¹⁶ Arquivo do Congreso, serie xeral, leg. 104, n.º 344. Oficio do 1 de xullo de 1842. D.S.C.D., Sección do 3 de xullo de 1842, n.º 139, páx. 3904.

¹¹⁷ Mariano Torres, Solanot fue designado en lugar de Facundo Infante como Ministro de la Gobernación de la Península, en *Gaceta de Madrid*, 17 de xuño de 1842, n.º 2807.

¹¹⁸ *Gaceta de Madrid*, 6 de agosto de 1842, n.º 2857.

¹¹⁹ D.S.S., Sección do 16 de novembro de 1842, n.º 5, páx. 16 e Apéndice terceiro. Pode consultarse tamén o seu texto íntegro en *Gaceta de Madrid*, 20 de novembro de 1842, n.º 2963.

¹²⁰ D.S.S., Sección do 17 de novembro de 1842, n.º 6, páx. 43 e Apéndice segundo.

forma, deu lugar a textos como o Proxecto de abril que recollen elementos de tódalas posicións ideolóxicas en conflito¹¹³. Pero non foi este o único proxecto que se presentaría en 1842.

O 17 de xuño deste ano era nomeado como presidente do Consello do Consello de Ministros o Marqués de Rodil¹¹⁴, aínda que de feito o Goberno continuara en mans de Espartero. Como efecto de tal cambio, na sesión que celebrou o Senado o 27 de xuño de 1842 deuse conta dun oficio do ministro da Gobernación da Península, con data do día anterior, no que anunciaba a resolución do Rexente, do novo gabinete en suma, de retiralos proxectos de deputacións e gobernos políticos “para que el Gobierno pueda tomarlo en consideración”¹¹⁵. Decisión que lle comunicou o Senado ó Congreso dos Deputados¹¹⁶. En xullo de 1842 clausurábanse as Cortes, en novembro volveríanse reunir pero por un curto espacio de tempo, xa que o 3 de xaneiro de 1843 se ordenaba a súa disolución.

Entremetres e como ocorrera con anterioridade, o novo ministro da Gobernación¹¹⁷ a comezos de agosto nomeou unha comisión coa finalidade de proceder á redacción dun novo proxecto sobre deputacións provinciais e gobernos políticos, capaz de darlles resposta ás protestas das ditas corporacións e contar coa súa experiencia. Foron nomeados os senadores Álvaro Gómez Becerra e Juan Lasaña, e os deputados a Cortes Jacinto Félix Domenech e Francisco Quinto¹¹⁸. Os dous primeiros formaran parte da Comisión do Senado designada en abril para dictaminar sobre o proxecto presentado polo Goberno, na elaboración do cal participaran os dous deputados.

Con data 11 de novembro abría as súas sesións o Senado e non habían de transcorrer cinco sesións para que Mariano Torres y Solanot, ministro da Gobernación e senador pola provincia de Pontevedra, presentara un Proxecto de lei sobre organización e funcións das deputacións provinciais, que levaba data do 14 de novembro de 1842¹¹⁹. O día 16 leuse este proxecto, que quedaría completado con outro sobre autoridade e funcións dos xefes políticos, presentado ó día seguinte¹²⁰. Como sucedera co anterior texto sobre organización e atribucións das deputacións, presentouse outro coa esperanza de logra-la súa promulgación e, a pesar diso, tivo o mesmo resultado. Tamén como o seu precedente, foi o Senado, a Cámara que recibiu en primeiro lugar o proxecto que elevara á consideración das Cortes o Goberno.

O día 20 de novembro nomeouse a Comisión que habería de dictaminar sobre ámbolos dous proxectos, e anque se nomearon como comisións diferentes estaban compostas polos

mesmos senadores. Esta comisión estaba formada por Juan La-saña, o conde de Soto-Ameno, Martín de los Heros, Rodrigo Valdés Bustos e Tomás Sánchez del Pozo¹²¹. Estes homes a penas tiveron ocasión de iniciar os seus traballos posto que, se ben as Cortes foron disoltas o 3 de xaneiro de 1843, o Senado celebrou a súa última sesión o día 22 de novembro.

A pesar diso, cabe destacar dúas notas da nova proposta: a declaración implícita do Goberno da imperiosa necesidade e urxencia para dotar de novas leis a Administración provincial, xa sentida había anos e manifestou tamén despois, o que pode comprobarse pola rapidez con que se presentou este segundo Proxecto de 1842, a penas abertas as sesións das Cortes; e, en segundo lugar, o camiño que seguiría, que non é outro que o dos seus inmediatos antecesores, é dicir, non chegar a ser discutido e quedar esquecido nas páxinas do *Diario de sesións*¹²².

As numerosas críticas que caeron sobre o Proxecto do 18 de abril motivaron que o presentado en novembro fora moito máis progresista. Encomendáballes ás corporacións provinciais algunhas das facultades que os proxectos elaborados desde 1838 lles quitaban, e mantíñase máis na liña da Lei do 3 de febreiro de 1823, aínda que admitindo algún postulado moderado.

En opinión do Goberno, cada provincia era un centro de acción para que aquel cumprira as súas funcións e, pola súa vez, un ente que, na súa demarcación, tiña unha vida independente. Dúas son as consideracións esenciais do Proxecto de novembro a teor do disposto na súa exposición:

■ Conservar para o Rei, isto é, para o Goberno as prerrogativas que a Constitución lle outorgaba e, por iso, se considera a provincia como un centro de acción que lle facilitaba ó Executivo o cumprimento das súas funcións.

■ darlles “a los intereses provinciales legítimos la anchura necesaria para que no sean ahogados bajo el peso abrumador de una centralización rigurosa”, de onde deriva que a provincia adquira unha vida política, administrativa e civil, independente da acción central que na súa demarcación tiña o Goberno para facer posible o exercicio do Poder executivo.

Desde un punto de vista formal, consta o proxecto de once títulos e uns artigos transitorios, que en conxunto suman 77 artigos. As rúbricas dos títulos son as seguintes: organización das deputacións provinciais; das calidades necesarias para ser deputado provincial; da elección de deputados provinciais; da instalación das deputacións provinciais e da admisión de deputados; do presidente e vicepresidente; dos deputados; das sesións; atribucións das deputacións provinciais; dos suplentes; da

¹²¹ D.S.S., n.º 7, páx. 50. Repetían dous dos senadores que foran designados para dictaminalo anterior proxecto: De los Heros e Soto-Ameno.

¹²² Neste sentido o parágrafo primeiro da exposición que precede o Proxecto afirma: “Al retirar el Gobierno el proyecto de ley sobre organización y funciones de las Diputaciones provinciales, presentado en la anterior legislatura, contrao el deber de revisarlo para poder proponer la reforma que imperiosamente reclama la legislación actual, cuya insuficiencia y defectos por todos son reconocidos. Graves son las dificultades que desde luego se ofrecen a la formación de esta ley tan apetecida, y de tan mala suerte en sus diferentes ensayos. El Gobierno ha procurado vencerlo”. D.S.S., Sección do 16 de novembro de 1842, n.º 5, Apéndice terceiro.

recadación dos fondos provinciais; e, da responsabilidade dos deputados provinciais. A estrutura só respectou algunhas rúbricas, modificou outras e introduciu algunhas novidades, a pesar de manter un número de artigos similar ó do proxecto precedente.

Como pode comprobarse, nunha primeira aproximación, moitas eran as diferencias cos proxectos anteriores que seguiran o proxecto da Comisión do Congreso de 1838. Pero, entrando en aspectos materiais ou substanciais, tamén son numerosas as diferencias. Cabe mencionar que no comezo dun dos parágrafos da exposición que precede o proxecto se manifesta que "siendo las diputaciones provinciales a la vez corporaciones deliberantes y ejecutivas..." Deste xeito prodúcese unha importante ruptura coa pretendida natureza consultiva que os moderados lles atribuían a estes corpos provinciais nos proxectos de Silvela, da Comisión do Congreso de 1838 e do Goberno de 1840. O reflexo das críticas enviadas polas deputacións provinciais e o desexo de satisfacelas, posto que en boa medida sostiñan o Gabinete, son explícitos en materia de atribucións. Estas razóns motivaron a inclusión dunha longa exposición de motivos coa finalidade de xustificá-las novidades.

O art. 1 do proxecto que agora nos ocupa, marca unha das diferencias substanciais cos demais textos e constitúe unha das principais innovacións que se pretendieron introducir. O primeiro inciso xa era bastante expresivo: "El número de individuos de que se ha de componer cada Diputación provincial se determina por la población de la provincia". Para a súa determinación, o dito precepto ordenaba estar ó censo que rexera na elección a Cortes, de acordo coa seguinte escala:

Ata	200.000	almas	7	deputados
De	200.001 a 240.000	"	8	"
De	240.001 a 280.000	"	9	"
De	280.001 a 320.000	"	10	"
De	320.001 a 360.000	"	11	"
De	360.001 a 400.000	"	12	"
De	400.000 arriba	"	13	"

O Goberno xustificaba esta innovación, en virtude da que se pretendía atende-la poboación e non as demarcacións xudiciais para a determinación do número de deputados, porque era de xustiza, igualdade e analoxía coa elección de Deputados a Cortes. Ademais, sinalaba a exposición do proxecto que, "reformando, pues, la ley en este punto, se pone más en consonancia con nuestra organización política, y se da a las personas la representación que hasta aquí se daba a las localidades"¹²³. Esta representación favorecía os grandes núcleos urbanos, é dicir, os

¹²³ Rompiase a regra dun deputado por partido, criticada porque os partidos na súa "creación han atendido principalmente a la situación local, y a diferente objeto, son muy desiguales en población".

partidos das capitais, aínda cando estas xa se viran favorecidas se contaban con máis dun xulgado de primeira instancia.

Respecto da fixación do número de deputados dentro dun máximo e dun mínimo, xustificábase en que o curto número podía impedi-las deliberacións, e o amplo complicar ou embara-las discusións e a rapidez indispensables. Os límites inferior e superior de deputados foran xa obxectos de discusión noutros momentos históricos¹²⁴.

O cargo de deputado provincial era, como viña establecido en tódolos textos que precederon este proxecto, honorífico, gratuito e obrigatorio¹²⁵. Ós seus dereitos e deberes dedicábanse-lles os arts. 40 a 43, que son os que compoñen o título VI, anque fan referencia, de forma case exclusiva ó deber de asistencia. En efecto, determinábase a obriga de concorrer á capital cando a corporación tivese que celebra-las súas sesións¹²⁶. Se por calquera impedimento non puidesen asistir, poñeríano en coñecemento da Deputación por medio do seu presidente¹²⁷; aínda que unha vez abertas as sesións non poderían ausentarse da capital sen o coñecemento e permiso daquela¹²⁸.

A determinación da precedencia entre os mesmos deputados, o art. 43 dispoñía que habería que atender á "antigüedad de su entrada en la Diputación, y si entran muchos el mismo día, por la mayor edad". Esta regra protocolaria non se recollera nunca, salvo as referencias ó deputado nomeado en primeiro lugar ou ó de maior idade para a suplencia na presidencia. A única regra protocolaria que si era coñecida, era a relativa á presidencia do xefe e á precedencia da Deputación, en canto corporación, sobre calquera concello, recollida na Lei de 1823.

Para ser deputado provincial, o art. 8 do Proxecto de finais de 1842 esixía a concorrencia dos seguintes requisitos: ser elector a Cortes; ter veciñanza actual na provincia; e, ademais, a concorrencia dunha destas dúas notas: ser natural dela ou residir nela "por espacio de tres años continuos en cualquier tiempo después de cumplir la edad de 18 años". Este último requisito ampliaba de modo considerable as posibilidades para ser elixido, posto que non se esixía, como en textos anteriores¹²⁹, a residencia inmediatamente anterior á designación senón en calquera momento despois de cumprila idade mínima esixida, anque despois vivira fóra.

Non podían ser deputados provinciais, por exclusión legal: os deputados a Cortes e os senadores; os administradores, arrendatarios e os seus fiadores dos predios ou arbitrios da provincia; os contratistas e os seus fiadores de obras públicas provinciais; os que perciban soldos ou outras retribucións con cargo ós fon-

¹²⁴ Nos debates do texto constitucional gaditano chegouse a proponse un máximo de trece individuos, pero fixouse en sete. A partir de 1835 fixouse no número de partidos xudiciais. O art. 2 da Proposición de Silvela de 1838 optaba porque se computara de tantos individuos cantos foren os partidos administrativos sen que baixara en ningún caso de trece nin excedera de vinte.

¹²⁵ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 6, que reproduce os arts. 3 dos proxectos de 1840 e abril de 1842.

¹²⁶ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 40, que obrigaba a asistir "con puntualidad en desempeño de su honroso cargo".

¹²⁷ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 41.

¹²⁸ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 42.

¹²⁹ Cotéxese co art. 6 do Proxecto do 18 de abril de 1842, por exemplo.

dos provinciais ou municipais; os empregados do Estado ou da Casa Real en activo; e, os ordenados *in sacris* e os tonsurados que gocen do foro eclesiástico, ademais dos regulares profesos secularizados ou exlastrados¹³⁰. No fundamental quedarían reducidos ás seguintes categorías, como recollía o art. 7 do Proxecto do 18 de abril de 1842: membros das Cortes, persoas relacionadas ou que manexaran fondos económicos das provincias, os funcionarios dalgunhas administracións e os eclesiásticos en sentido lato. Estes últimos eran os máis afectados, xa que se estendeu a mención a outros que non só eran os ordenados, consecuencia da animadversión progresista polo eclesiástico ós citados en último lugar.

Os que foron designados, podían escusarse ou renunciar ó seu emprego, alegando algunha das causas seguintes: sexaxenarios, polo que se mantiña a idade que recolleran textos anteriores; os deputados que desempeñaron o seu encargo por dous anos como mínimo, foran reelixidos sen gardar un oco doutros dous; os individuos dos concellos que o foran polo menos por oito meses, e foran designados sen transcorrer un ano de oco desde que cesaron naqueles; e, os que foran elixidos deputados ou senadores, polo menos nunha lexislatura, se foran designados antes de transcorrer un ano de oco¹³¹. Ampliábanse, tamén, neste caso os supostos de escusa, que afectaban ós edís municipais e ós deputados provinciais, se ben coa limitación de estar un mínimo de tempo desempeñando as súas atribucións, que varían de acordo co cargo que exerceran con anterioridade.

Por outro lado, debe facerse notar xa, anque logo me estenderei sobre iso, que no Proxecto governativo de novembro de 1842 non se mencionarán como membros da Deputación nin o xefe político, nin o intendente, en contra do sistema establecido desde a Constitución gaditana. Se ben o art. 4 determinaba que cando concorrera o xefe político, ou quen fixera as súas veces, presidiría a Deputación sen voto, "pero exerciendo todas las funciones y autoridad del presidente", é dicir, que si lle correspondía a dirección das discusións en caso de acudir.

Como consecuencia do exposto, o art. 3 dispoñía que a Deputación tivera un presidente e un vicepresidente elixidos de entre os propios deputados¹³². A solución adoptada, por tanto, era a proposta dos textos moderados de Silvela¹³³ e da Comisión do Congreso en 1838¹³⁴. ¿Concesión ós moderados? Sen ningunha dúbida. Fronte á imposibilidade de reducir as atribucións destas corporacións, a súa presidencia non era obxecto de tan viva discusión. De novo as transaccións entre postulados de moderados e progresistas.

¹³⁰ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 9.

¹³¹ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 10. Esta relación estaba moito máis matizada cá do art. 8 do Proxecto de abril.

¹³² Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 30.

¹³³ O seu art. 15 dispoñía que "en la primera reunión de los diputados provinciales, presididos por el de mayor edad, y haciendo de secretario el más joven, nombrarán de entre ellos mismos su presidente y su secretario para cada sesión o temporada".

¹³⁴ O seu art. 5 dispoñía que "el Presidente y el Secretario de la Diputación serán de elección libre de los individuos de la misma".

As facultades destas novas figuras recolléronse nun título propio. De acordo co art. 37 do Proxecto de novembro, a duración nos seus respectivos cargos sería dun ano natural contado desde o día do seu nomeamento, anque podían ser reelixidos. Ó presidente, segundo o art. 38, correspondíanlle as seguintes atribucións: abrir, pechar, dirixir, mante-la orde e a regularidade nas sesións, sempre que non asistira o xefe político ou quen fixera as súas veces; abrir, con asistencia do secretario, a correspondencia dirixida tanto a el como á Deputación, dándolle o debido curso; asinar co secretario a correspondencia acordada pola corporación, e a que fora necesaria para executar os seus acordos; exercer unha *inspección vixiante* sobre o edificio da Deputación, as súas oficinas e empregados, dándolle conta a aquela do que for necesario. Esta misión, se o presidente ou o vicepresidente non residiran na capital desempeñaríaa un dos vocais que residira nela e a Deputación; como tamén convoca-los deputados cando o dispuxera o Rei ou por solicitude do xefe político. En caso de non poder desempeñar o presidente estas funcións, faríaa o vicepresidente¹³⁵.

¿Cal foi o motivo que dera lugar a que o xefe político e o intendente foran desprazados das deputacións? A exposición que precede o proxecto, nunha interpretación restrictiva do art. 69 da Constitución, poñía de manifesto que se as deputacións provinciais eran nomeadas polos mesmos electores de Cortes, e "aunque las Cortes constituyentes no aplicaron tan estrechamente este artículo, ha creído el Gobierno que debía negarse el carácter de individuos de las Diputaciones a los jefes políticos, a los intendentes o a los que hagan sus veces, porque es mejor entender literalmente el texto constitucional que sujetarlo a interpretaciones arbitrarias que podían desvirtuarlo". A pesar de tal razoamento, cómpre poñer en relación os arts. 4 do Proxecto de deputacións do 14 de novembro e 12 do texto sobre autoridade e funcións dos xefes políticos do 17 de novembro de 1842, xa que mentres o primeiro se limita a admitir a posibilidade de asistencia do delegado gubernativo –"cuando concurra el jefe político las presidirá sin voto"–, o segundo era tallante: "Concurrirán los jefes políticos a todas las sesiones de las Diputaciones provinciales y no dejarán de hacerlo sino por motivos graves, de que darán conocimiento al Gobierno, o por ocupación en otros negocios importantes y urgentes". Deste xeito a presidencia real continuábaa desempeñando o xefe político, a través do que o Goberno podía seguir controlando, polo menos, as deliberacións e a orientación política das deputacións¹³⁶.

Completaba a organización das deputacións, o seu aparello

¹³⁵ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 39.

¹³⁶ A propia exposición o ratificaba de modo implícito ó afirmar que, "si en consecuencia de la disposición constitucional se quita a los jefes políticos el carácter de miembros de las Diputaciones, es muy conveniente que tengan conocimiento de sus deliberaciones y acuerdos: de otro modo no podría el Gobierno ejercitar la facultad que el art. 45 de la Constitución... Así oportunamente pueden prevenirse los extravíos y abusos, que no es de esperar se presenten con frecuencia".

burocrático. Nos proxectos anteriores, desde o de Silvela de 1838, ou se ordenaba desaparecer ou lle encomendaban estas tarefas á secretaría do Goberno político. O art. 5 do Proxecto de novembro de 1842 non só prevía a súa existencia, senón que sinalaba que as deputacións terían un secretario, un vicesecretario que sería o oficial maior “y los demás dependientes que necesite”. Apréciase certa similitude co que xa determinara respecto disto a Lei de 1823, anque esta falara de dous oficiais e salvara a posibilidade de ampliar ese número de acordo coas necesidades da propia Deputación. Parece que a admisión dunha oficina propia se encontraba dentro das concesións a estes corpos provinciais. O nomeamento e cesamento dos ditos empregados corresponderíalle á Deputación, así como a fixación do seu soldo ou calquera outro tipo de remuneración¹³⁷. Sobre as funcións ou misións que terían que desempeñar, só se recolle que o secretario elaboraría a acta de cada sesión e asinaría diversa documentación¹³⁸.

Respecto das eleccións, o art. 7 deste proxecto dispoñía a renovación total das deputacións cando se fixeran as eleccións a Cortes, coa obriga de cesar e disolverse na véspera do día en que comezaran as eleccións para substituílas. O Goberno afirmaba na súa exposición, que das diversas combinacións que podían seguirse, adoptara a que parecía derivarse do “nombre mismo que llevan estas corporaciones populares, su carácter de representación y la comunidad de origen con el Congreso”. De modo que esta simultaneidade na elección facilitaríase que tanto as corporacións provinciais como as Cortes representaran unha mesma opinión que, é obvio, sería a maioritaria. Con iso conseguiríase “una perfecta armonía muy conveniente para que no encuentren obstáculos la marcha de los altos poderes del Estado y la ejecución de sus resoluciones”. Nunca se expuxera de maneira tan explícita en ningún texto lexislativo, se ben en tódalas épocas se tratara de que así resultara na práctica. A indeterminación nos prazos de renovación era manifesta, a pesar do previsto nos arts. 11 a 14 do Proxecto de novembro. Con iso optábase por unha nova vía descoñecida ata entón, xa que as propostas desde 1838 marcaran prazos concretos.

O título III deste proxecto era o que desenvolvía o procedemento para verifica-las eleccións provinciais. Os arts. 11 a 13 dispoñían as regras que se van seguir nas eleccións ordinarias para comeza-la renovación de tódalas deputacións:

■ na Península, “en igual día de la segunda semana siguiente al de la publicación en la Gaceta de la Real convocatoria para la reunión de las Cortes y las elecciones generales, de manera que

¹³⁷ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 58, n.º 4.

¹³⁸ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 51.

publicada la convocatoria el domingo primero de junio, deben empezar las elecciones el domingo quince del mismo mes". Computábase, polo tanto, de data a data.

■ en Baleares e Canarias, por razóns evidentes, desde o día en que chegara ás súas capitais a Gaceta que contivera a convocatoria¹³⁹.

■ como excepción, se sucedera que o Rei non convocara as Cortes antes do 1 de decembro e nese mesmo ano concluíran o seu encargo os Deputados do Congreso, as eleccións para designalos novos comezarían o 1 de outubro; mentres que as de deputacións empezarían, tanto na Península como nas illas adxacentes, o terceiro domingo de setembro, reuníndose os electores, sen necesidade de convocatoria¹⁴⁰.

Do que se trataba era de anticipar as eleccións de deputacións coa finalidade de non entorpecelas de Cortes, en boa medida porque as ditas corporacións tiñan unha participación intensa nas eleccións xerais¹⁴¹. O sinalamento destes prazos, dicía a exposición que precedía o articulado, axustara "a la necesidad de estrecharlos en cuanto cupiese para que de este modo no se detuvieran las operaciones de la renovación del Congreso de los Diputados". Deste modo, ademais, anticipábase o coñecemento dun posible cambio na composición das cámaras, permitindo a intervención directa do Goberno, os seus axentes e outra serie de personaxes para remedialo co obxectivo de continuar no poder.

Isto polo que se refire ás eleccións ordinarias. Para as eleccións extraordinarias -fóra do prazo legal previsto- ou particulares dalgunha provincia, para designar a todos ou a algún dos deputados provinciais, a elección comezaría o día que dispuxere o xefe político, "dentro de los quince primeros siguientes al en que reciba el aviso oficial del suceso o de la disposición que haga necesaria la elección"¹⁴².

Non só se debería elixirlos deputados propietarios, senón que o seu art. 16 ordenaba que se elixiran igual número de suplentes, da mesma maneira que xa previran diferentes textos anteriores. Serían chamados para ocupar o posto dos primeiros cando quedara vacante por calquera causa; e, cando fora suspendido o propietario, anque neste caso só serviría o seu encargo durante o tempo que durara a suspensión¹⁴³.

Co fin de determinar o número de electores, rexerían as últimas listas que serviron para as eleccións a Cortes, coas debidas rectificacións¹⁴⁴. Norma obvia, porque os electores dunha e doutra institución eran os mesmos.

Para facelas eleccións, as provincias dividiríanse en tantas

¹³⁹ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 12.

¹⁴⁰ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 13, que se remite ó art. 27 da Constitución.

¹⁴¹ A exposición do texto apuntaba o seguinte razoamento: "Variando la forma en cuanto a que los Diputados a Cortes sean elegidos por provincias, y los provinciales por demarcaciones no es posible que las elecciones se hagan simultáneamente. El Gobierno cree que deben anticiparse las de los diputados provinciales, estrechando los términos para que entren en el que debe mediar desde la Real convocatoria hasta la reunión de Cortes. Esto lo aconseja el influjo e intervención que la ley electoral da a las Diputaciones en las elecciones de Diputados a Cortes y propuestas de Senadores; y ya que sea imposible evitarlo, ejerzan las nuevas Diputaciones, expresión de la opinión presente del cuerpo electoral".

¹⁴² Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 14. Modificábase profundamente o contido dos arts. 9 e 12 do Proxecto de abril daquel ano.

¹⁴³ Proxecto do 14 de novembro de 1842, título IX, arts. 63 e 64.

¹⁴⁴ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 15.

¹⁴⁵ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 2.

¹⁴⁶ A exposición manifestaba respecto disto: "Los otros artículos del Proyecto suponen hecha la división de las provincias en demarcaciones, y de las demarcaciones en distritos electorales.

Pero esta división no está hecha, y ha parecido conveniente dar la iniciativa a las Diputaciones provinciales, concediendo la aprobación al Gobierno dando cuenta a las Cortes. Así, al mismo tiempo que se consulta a la brevedad y a la urgencia, pueden ejercitar las Cortes las atribuciones que les corresponden, conservando salvas e ileas sus facultades”.

¹⁴⁷ Proposición de Silvela, art. 2: “Se compondrá de tantos individuos cuantos sean los partidos administrativos en que se halle dividida la provincia... Los partidos administrativos serán por ahora los judiciales”. Reproducido no art. 2 do Proxecto da Comisión do Congreso de 1838.

¹⁴⁸ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 17. Existe unha diferenza substancial co art. 13 do Proxecto do 18 de abril de 1842 que fixaba a hora da reunión e a presidencia da mesa electoral.

¹⁴⁹ O art. 18 do Proxecto do 14 de novembro de 1842 dispón: “Las elecciones de diputados provinciales durarán tres días, empezando por la formación de la mesa, en lo cual se invertirá el tiempo necesario, aunque exceda de una hora, pero concluyendola en el primer día”. Hai unha redución do período electoral proposto noutros textos xa que, por exemplo, o art. 13 do Proxecto de abril establecía que as eleccións duraran catro días.

¹⁵⁰ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 19.

¹⁵¹ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 19. A solución contraria propuxéaa o art. 17 do texto de abril.

demarcacións de poboación, aproximadamente iguais, como número de deputados compuxesen a corporación, de conformidade coa táboa máis arriba mencionada, de modo que cada unha destas circunscricións elixira un deputado¹⁴⁵. Como podían existir problemas na división destas demarcacións, os arts. 75 e 76, incluídos dentro do grupo final dos preceptos transitorios, dispoñían que despois da promulgación da lei, as deputacións procederían a dividi-las provincias en demarcacións e estas en distritos electorais do modo máis conveniente, cómodo e beneficioso para as vilas. Esa operación debería realizarse no prazo de vinte días. O expediente da división remitiríase ó Goberno para que o aprobara e lles dera conta diso ás Cortes¹⁴⁶.

En realidade estábanse establecendo os requisitos necesarios para crea-los partidos administrativos que se pretenderon implantar cos textos moderados de 1838¹⁴⁷. As demarcacións son circunscricións determinadas de forma aleatoria, dunha poboación aproximadamente igual, que poderían coincidir ou non cos partidos xudiciais existentes. Aquelas serían as grandes divisións da provincia e o número destas variaría entre 7 e 13. Pero como podía ser molesto ou difícil que os electores dunha demarcación acudiran á cabeza, establecíase o sistema xa coñecido de dividir estas circunscricións noutras inferiores que serían os distritos electorais. Hai que ter tamén presente que a división en demarcacións se facía atendendo ó número de almas ou de habitantes, non ó de electores.

O día fixado para inicia-las eleccións, acudirían os electores ás súas respectivas cabezas de distrito¹⁴⁸. O período electoral duraría tres días, e dedicaríase o tempo que fora necesario do primeiro día para a formación da mesa¹⁴⁹. Ata ese momento, era tradicional dedicar-lles un día máis ás votacións, para o que se destinaba como facía este proxecto, o primeiro á formación da mesa.

Nas papeletas expresaríanse os nomes do deputado propietario e suplente, coa advertencia de que se contiver máis nomes, só valerían os dous primeiros, e serían nulos os demais¹⁵⁰. Deste xeito, a case totalidade das papeletas serían admitidas, anque só se lles dese validez a eses dous primeiros nomes¹⁵¹.

O terceiro día despois de realiza-lo escrutinio xeral do distrito, ás dez da mañá reuniríanse os comisionados de cada un dos que formaran a demarcación na vila cabeza desta, coas actas respectivas. Se non puideran concorrer a esta localidade, remitiríanlle a acta ó alcalde do concello cabeza de partido. Para verifica-lo escrutinio xeral da demarcación formaríase unha xunta composta polos comisionados e polos membros do con-

cello, baixo a presidencia do seu alcalde, se ben só terían voto os representantes dos distritos. Non obstante, se a unha localidade, pola súa numerosa poboación, lle correspondera nomear máis dun deputado, o concello dividiríase en tantas seccións cantas foren as demarcacións, concorrendo deste modo ós respectivos escrutinios¹⁵².

Esta xunta comezaría por nomear entre os comisionados un secretario, facendo os demais de escrutadores. De modo inmediato e sen interrupción, faríanse separadamente os escrutinios de deputado propietario e suplente. Resultarían elixidos para cada caso os que maior número de votos obtiveren¹⁵³. Unha vez concluído o escrutinio xeral da demarcación, elaboraríase a acta electoral e dúas copias, asinadas polo presidente, os escrutadores e o secretario. As copias debíanselles enviar sen demora á Deputación e ó xefe político¹⁵⁴. Ó mesmo tempo o alcalde citado, como presidente, avisaría sen tardanza e por medio de oficios os deputados propietario e suplente electos, “advirtiendo al primero, cuando las elecciones sean ordinarias, que para el sexto día debe hallarse en la capital de la provincia”. A mesma advertencia lle faría se as eleccións foren extraordinarias e a Deputación estiver reunida¹⁵⁵.

A resolución das dúbidas e reclamacións que ocorreren durante a elección, resolveríase a Xunta Xeral da Demarcación ou as mesas de distrito. Diso debían deixar constancia nas actas coa debida expresión e claridade. As resolucións adoptaríanse por maioría de votos e, en caso de empate, decidiría o presidente da mesa nos distritos ou o comisionado de máis idade na Xunta de demarcación. En todo caso o que non podía facer a Xunta Xeral de Demarcación era anula-la acta electoral de ningún distrito¹⁵⁶.

Cotexando o articulado deste título III con outros textos anteriores evidéncianse numerosas lagoas. Por exemplo e por só citar unha delas: a publicación das listas electorais e dos escrutinios. Quizais esta foi a razón de incluír unha cláusula de remisión á lei electoral que rexera “en todo lo demás no prescrito especialmente en esta ley”¹⁵⁷.

Concluídas estas operacións e para verifica-la instalación da Deputación, debían acudir os deputados electos á capital dentro dos seis días seguintes ó que recibiran o oficio do seu nomeamento. Unha vez reunida a maioría deles, constituiríanse en xunta preparatoria, que presidiría, se non concorrera o xefe político, o deputado máis ancián e faría de secretario o que o fora da Deputación¹⁵⁸. Esta xunta nomearía unha comisión composta por tres individuos, que debía examina-la legalidade das

¹⁵² Proxecto do 14 de novembro de 1842, arts. 20 e 21. En termos similares ós arts. 20 a 23 do Proxecto do 18 de abril de 1842.

¹⁵³ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 22.

¹⁵⁴ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 24. No texto do 18 de abril establecerase que as dúas copias se lle enviarían ó xefe, que lle pasaría unha á Deputación.

¹⁵⁵ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 25. Solución diferente á adoptada no art. 32 do Proxecto do 18 de abril.

¹⁵⁶ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 23.

¹⁵⁷ Proxecto do 14 de novembro de 1842, o art. 26.

eleccións e as calidades dos demais deputados¹⁵⁹. Tamén se nomearía unha comisión de tres membros que examinara se concorrían os requisitos necesarios nos da primeira. Tralo que se suspendería este acto de instalación, para que ámbalas dúas comisións presentaran os seus dictames¹⁶⁰. Reunida de novo esta xunta preparatoria, resolveríase sobre o dictame relativo ós tres deputados da primeira comisión, e solucionaríase o correspondente á aprobación das súas actas e admisión dos electos que se presentasen despois do resolto por aqueles¹⁶¹. Verificada esta operación, e na mesma sesión, nomearíase o presidente e o vicepresidente, co que quedaría a Deputación instalada de forma definitiva¹⁶². Esta regulación recoñecía, con algunha precisión, a realidade vixente sobre a legalidade das actas presentadas.

Estas eran as regras no suposto de renovación ordinaria, porque se fora extraordinaria a instalación verificaríase a partir do décimo quinto día, salvo que o xefe político abreviara os prazos por esixencia dos negocios públicos¹⁶³.

Os arts. 32 e 33 do proxecto regulaban a instalación da Deputación no suposto de renovación parcial da maior parte da Deputación. Os que quedaren concorrerían á xunta preparatoria, que presidiría o presidente, o vicepresidente ou o deputado máis ancián dos que subsistiran, pero salvando a presidencia do xefe político se asistira. As comisións de revisión de actas electorais estarían formadas polos que quedaran, e se non fosen suficientes, completaríanse cos que se acaban de elixir –presuntos denomínoas o proxecto–. Neste caso non se procedería ó nomeamento de presidente ou vicepresidente, se continuaran sendo deputados os que desempeñaran estes cargos.

Pola contra, se a renovación parcial fose da menor parte, a Deputación resolvería sobre a legalidade da elección e as calidades dos que se acaban de designar. Como esta era unha regra sinxela, aplicaríaselles tamén ós deputados que se presentaron despois de instalada a corporación, ben se renovase esta total ou parcialmente¹⁶⁴.

Os deputados que fosen electos por dous ou máis partidos deberían decidir por cál deles optaban, no día en que tomaran posesión na Deputación¹⁶⁵. As razóns da posible dobre elección xa foron apuntadas ó trata-lo proxecto anterior.

Hai que ter presente que o último precepto deste Proxecto do outono de 1842, o art. 77, incluído dentro dos transitorios, viña a dispoñer que “verificada la aprobación, y cuando se hayan promulgado las nuevas leyes de ayuntamientos y jefes políticos, se elegirán las nuevas Diputaciones con arreglo a esta ley,

¹⁵⁸ Proxecto do 14 de novembro de 1842, arts. 25 e 27.

¹⁵⁹ Cuestión xa prevista no art. 16 do R.D. do 21 de setembro de 1835, e que recolleu con posterioridade a Orde do 6 de novembro de 1837.

¹⁶⁰ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 28. En termos similares o art. 30 do Proxecto do 18 de abril de 1842.

¹⁶¹ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 29.

¹⁶² Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 30.

¹⁶³ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 31.

¹⁶⁴ Proxecto do 14 de novembro de 1842, arts. 34 e 35.

¹⁶⁵ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 36.

que empezará a regir entonces". Con iso produciríase unha *vacatio legis* indeterminada, que dependía do que tardaran as Cortes en discutir e aproba-las aludidas leis, que completarían as reformas provinciais. Non obstante, a renovación despois da entrada en vigor das tres leis permitía uniformar estas institucións en consonancia coa concepción política que as informaba.

Respecto das sesións, quedaban reguladas no título VII do proxecto. O que non se determinou era un calendario preestablecido de reunións, nin sequera o seu número, como se fora recollendo en tódolos textos desde a Constitución de 1812. As sesións serían públicas cando o prescribira a lei, ou cando as deputacións o acordaran. Disto dedúcese que o art. 45 recoñecía de modo implícito que estes casos eran os excepciónais, debendo se-lo habitual que as reunións foran secretas¹⁶⁶.

O quórum esixido para a celebración das sesións da Deputación fixouse na maioría dos deputados que a formaran¹⁶⁷, o cal resulta obvio xa que só eles formaban a corporación. Mentres que para adoptar acordos e resolucións se requiría que votaran a favor a maioría dos presentes. Ademais, prohibíaseles ós deputados o absterse nas votacións, anque calquera deles podía salva-lo seu voto, facéndoo constar en acta. As votacións serían públicas, e resérvase o voto secreto para a elección de persoas¹⁶⁸.

Cando nunha votación non se alcanzase a maioría nun mesmo sentido non podería adoptarse ningunha resolución. Para evita-lo dito obstáculo, os arts. 48 e 49 establecían o seguinte método para solucionalo: repetiríase a discusión e a votación na sesión seguinte, tomando tamén parte nesta, os deputados que non concorresen á anterior; se non se conseguira a maioría na segunda sesión, entenderíase desbotado o dictame, a proposición, proposta ou petición; e, se como consecuencia dese rexeitamento ou pola natureza do asunto fora necesario tomar unha resolución positiva, nomearíase unha comisión composta por deputados das distintas opinións coa finalidade de presentarlle ó Pleno un informe, no que se conciliaran as diferentes opinións. Regra novidosa en relación con textos anteriores.

Ó secretario correspondíalle redactar acta da sesión, que asinarían o que presidira, outro deputado e aquel¹⁶⁹.

Xa sinalai que non se fixaba un calendario ríxido de sesións. Así o poñía de manifesto con claridade o art. 52, ó sinalar que "las Diputaciones se reúnen ordinariamente para celebrar sus sesiones, y suspenden estas cuando ella mismas lo acuerdan, según lo exijan los negocios de su cargo. También acuerdan los días y las horas en que han de tener las sesiones. Cesan y se di-

¹⁶⁶ Recollíase, polo tanto, o establecido no art. 43 do Proxecto de abril de 1842.

¹⁶⁷ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 44.

¹⁶⁸ Proxecto do 14 de novembro de 1842, arts. 46, 47 e 50. Recolle substancialmente o previsto no art. 45 do Proxecto de abril.

¹⁶⁹ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 51. Reproduce no fundamental o último inciso do art. 50 do Proxecto de abril.

suelven cuando lo dispone la ley". Esta discrecionalidade contrasta cos proxectos anteriores, que fixaban de modo taxativo os períodos de sesións, as datas de inicio e conclusión, o número de sesións ou o horario de cada unha delas. Agora óptase exactamente polo contrario, por deixar á discrecionalidade das corporacións provinciais todo o referente ó seu método de traballo, sen interferencia de poderes alleos e, polo tanto, recoñécese a facultade de adapta-lo método ou número de sesións á cantidade de asuntos a tratar.

Non obstante, podían suspenderse as sesións das deputacións: polo Rei sempre e cando a suspensión non superara os trinta días; e, por iniciativa dos xefes políticos dirixida ó presidente da Deputación, só por dez días, concorrendo motivos graves e xustos, dándolle conta diso ó Goberno sen dilación. Existía unha excepción á posibilidade de suspensión, xa que non podían usar desta facultade nin o Goberno nin o xefe, cando as deputacións estivesen reunidas para desempeñar as funcións que lles encomendaba a lei electoral; e, sen que puidesen facelo máis dunha vez por ano¹⁷⁰. Hai que resaltar que non se trataba de suspenderlos deputados como regulaban textos anteriores e ó que o presente lle dedicaba un título específico, senón de interromper as sesións.

A circunstancia de deixar os xefes políticos de pertencer á Deputación e a misión que lles incumbía de executar a lei, facía moi conveniente que aqueles tiveran coñecemento do que esta corporación acordaba. De aí que o art. 56 establecera que as deputacións non puideran celebrar ningunha sesión sen coñecemento do xefe político, para o que se lle pasaría aviso con vintecatro horas de antelación. En caso de non cumprir con este deber, sería nulo e sen ningún efecto o que se fixera contravindo o mesmo. Todo o cal hai que poñer en directa relación co xa mencionado acerca da obrigação que tiñan os xefes políticos de asistir ás sesións das deputacións, de acordo co previsto no proxecto que regulaba a súa autoridade e funcións do 15 de novembro de 1842. De novo e fronte ós aparentes postulados progresistas, o que se estaba recollendo de modo implícito era o control das deputacións por parte do axente do Goberno nas provincias.

Por outra parte, para solucionar os negocios urxentes, cando a Deputación non estivera reunida –ou como dicía o art. 57, “no tenga abiertas sus sesiones”–, despacharían e resolverían os deputados que residiran na capital se non eran menos de tres; xa que se non os houbera se chamarían os que se encontraran máis próximos ata completa-lo dito número. A súa re-

¹⁷⁰ Proxecto do 14 de novembro de 1842, arts. 53 a 55.

solución sería con coñecemento do xefe político, provisional e coa obriga de sometela a un novo acordo da Deputación cando esta se reunira. Creo innecesario volver incidir na tradicional existencia das chamadas *comisións de despacho* e que este precepto viña consolidar.

O título VIII do Proxecto do 14 de novembro de 1842 estaba dedicado ás atribucións das deputacións provinciais. Para desempeñar de forma correcta estas atribucións, os corpos provinciais debían formar e instruí-los oportunos expedientes para asegurar “el acierto, la justicia y la conveniencia pública en las resoluciones”¹⁷¹. Máis que un mandato, tratábase dunha declaración de principios á que debían axustar a súa actuación as deputacións.

Se estudiamos con certo detemento as competencias que se lles atribuían ás deputacións sobre as materias enumeradas nos arts. 58, 60 e 61 deste texto, poderemos comprobar cómo no fondo se estaba reproducindo a distinción entre intereses provinciais e nacionais; entre facultades plenamente decisorias, deliberacións e dictames/consellos. A fundamentación pode encontrarse na interpretación que se fixo na *Gaceta de Madrid* acerca do título V do Proxecto do 18 de abril e que reproducín máis arriba. A lista de materias sobre as cales as ditas corporacións podía decidir definitivamente, ampliábase ata achegarse á Lei de 1823, pero eran asuntos de natureza provincial e que, polo tanto, non superaban os límites da provincia ou o ámbito territorial de competencia de cada Deputación. Pola contra, naqueles ámbitos nos que primaba o interese nacional –eleccións, quintas, Milicia, Facenda Real, entre outros sobre os cales interviñeran e interviñan amplamente–, as deputacións limitaríanse a deliberar sobre a mellor forma de cumprir cos mandatos superiores, procederan do legislativo ou do executivo, de modo que nestas cuestións as súas facultades estarían mediatizadas. E, por último, tamén deberían actuar como órganos consultivos, de cooperación ou sinxelamente de información. Cabe reiterar algo xa exposto: “las facultades de las Diputaciones se modifican por necesidad según la naturaleza de los intereses que predominan”¹⁷².

O art. 58 do Proxecto de novembro recolle unha longa lista de atribucións, que se complementaban coas enunciadas nos arts. 60 a 62. Como nos proxectos redactados entre 1838 e 1840 introducíanse expresións como as de “acordar y deliberar, acordar definitivamente” ou similares¹⁷³. Por iso e de acordo co exposto no parágrafo anterior, cabe entender que sobre as materias que enumera tiñan a plena competencia por non exceder do

¹⁷¹ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 59.

¹⁷² *Gaceta de Madrid*, 25 de abril de 1842, n. 2754. Polo tanto, non estou de acordo coa afirmación segundo a cal o Proxecto do Gabinete de Rodil era “bastante descentralizador: el jefe político no formaría parte de esos organismos, asistiendo a sus sesiones únicamente a título informativo, y las Diputaciones, expresamente consideradas como “corporaciones ejecutivas y deliberantes”, aprobarían definitivamente las cuentas y presupuestos municipales”, De CASTRO, *La Revolución liberal*, páx. 164, n.º 99. Nin coa que mantén que os progresistas elaboraron “un proxecto de organización de las diputaciones en la mejor línea gaudita y descentralizadora, en el sentido de la normativa de 1823. Las corporaciones provinciales reciben amplias facultades en materia de administración de su territorio y en la supervisión y control de los ayuntamientos... y se le reconoce a la corporación provincial el carácter ejecutivo además del deliberante, pudiendo, también aprobar definitivamente las cuentas y presupuestos municipales”, como sostén GONZÁLEZ CASANOVAS, J.A., *Las Diputaciones provinciales en España. Historia política de las Diputaciones, desde 1812 hasta 1985*, Madrid, 1986, páxs. 35 e 36. O seu ámbito non só se limitaba á materia mencionada e, noutras incluídas na normativa desde 1812, non se determinaban as súas facultades, anque parece deducirse o sometemento da súa actuación ás decisións do Legislativo e do Executivo.

¹⁷³ Por exemplo, o art. 60 do Proxecto da Comisión do Congreso de 1838 determinaba que: “Es atribución también de las Diputaciones Provinciales deliberar y acordar...”. Expresión reproducida no art. 46 do Proxecto do 21 de marzo de 1840.

¹⁷⁴ Neste sentido, o art. 166 da Lei do 3 de febreiro de 1823 estableceu que “las Diputaciones prescribirán las reglas más sencillas y metódicas que se hayan de observar en sus respectivas secretarías para el mejor y más pronto despacho de los negocios comprendiendo también la parte correspondiente a las secretarías”. Antes da promulgación desta lei algunhas deputacións contaban cos seus propios regulamentos de réxime interior; e a maior parte delas xa durante a rexencia da raíña María Cristina.

¹⁷⁵ O precepto vixente era o art. 134 da Lei de 1823, de acordo co cal lles correspondería ás deputacións o coñecemento dos cursos e dubidas que ocorreran sobre eleccións dos oficios de concello, e decidiríaaas gobernativamente sen ulterior recurso.

¹⁷⁶ Acerca dos recursos sobre agravios e exoneración de oficios, art. 137 da Lei de 1823.

¹⁷⁷ Correspóndese cos apartados 1º dos arts. 46 do Proxecto de 1840 e 60 da Comisión do Congreso de 1838.

¹⁷⁸ O marco xurídico dos secretarios encontrábase fundamentalmente nos arts. 165 a 168 e 174 da Lei do 3 de febreiro de 1823. Para o resto de oficiais, os arts. 169 a 177 da mesma norma. Con posterioridade, o R.D. do 21 de setembro de 1835 dispoñía, no seu art. 25, que lles correspondía ás deputacións acordar e determinar de maneira definitiva sobre o nomeamento, número e dotación dos demais subalternos e dependentes necesarios para os traballos das súas secretarías, comprendéndose estes gastos no presuposto provincial.

¹⁷⁹ Altéranse as previsións incluídas nos respectivos títulos sétimos do Proxecto da Comisión do Congreso de 1838 e do Goberno de 1840.

territorio/interese provincial. A longa lista de materias encóntrase a medio camiño entre a Lei de 1823 e os proxectos moderados. Isto ponse de manifesto na propia relación de asuntos: uns proceden da Lei do Trienio, mentres que os restantes se recolleron sucesivamente nos textos redactados a partir do Proxecto da Comisión do Congreso de 1838. De acordo co citado precepto do texto de novembro de 1842 corresponderíalles ás deputacións:

■ forma-lo regulamento para o seu goberno interior e o das súas oficinas e dependencias. En canto á organización e funcionamento interior pouco podían innovar as deputacións con respecto ó esquema marcado polas normas emanadas das Cortes, agás en cuestións relacionadas coas comisións existentes ou estrutura orgánica da secretaría¹⁷⁴, por exemplo.

■ resolver sobre reclamacións relativas á nulidade das eleccións para cargos de concellos¹⁷⁵, das pegas e das escusas destes¹⁷⁶. Este era e fora un dos puntos máis controvertidos, por considerarse un negocio político e gobernativo, propio dos xefes políticos e non das corporacións que debían exercer só funcións económicas ou administrativas. Este punto, que xa supuxera unha longa e asañada discusión cando se elaborou a Lei de 1823 e que mantido polos progresistas, desbotaban totalmente os moderados, que llelo encomendaran ós consellos provinciais nos proxectos que redactaron.

■ acorda-lo conveniente para a boa administración das leiras e demais propiedades da provincia. Neste punto incluíase todo tipo de relacións contractuais sobre aquelas¹⁷⁷.

■ nomear e separar libremente o seu secretario e demais empregados retribuídos con cargo ós fondos provinciais¹⁷⁸.

■ aproba-lo orzamento para o ano seguinte, tanto de gastos provinciais como dos medios e arbitrios para cubrilos, pero pedíndolle-la autorización ás Cortes no que fora necesario, de acordo coa Constitución e as leis¹⁷⁹. Neste último suposto encontraríase a aprobación de contribucións extraordinarias.

■ examinar e aprobar cada ano as contas dos fondos de establecementos provinciais, por exemplo de instrucción pública ou beneficencia¹⁸⁰.

■ aprobar, despois de examinadas e glosadas, as contas de propios, arbitrios, pósitos e establecementos municipais, que para iso debían remitir os concellos das vilas¹⁸¹.

¹⁸⁰ Estes gastos incluíanse como obrigatorios na regulación orzamentaria dos arts. 53 do Proxecto de 1840 e 65 do Proxecto do Congreso de 1838.

¹⁸¹ “La aprobación definitiva –manifestaba a exposición previa– que las Diputaciones deben dar a las cuentas de propios, arbitrios, pósitos y establecimientos municipales es una de las novedades que ofrece el proyecto. Considerando el

■ aceptar ou renunciar herdanzas, legados e doazóns que se lle fixeren á provincia ou a establecementos provinciais¹⁸².

■ dispoñer que se demanden ou defendan en xuízo os bens, dereitos e accións que lle correspondan á provincia, e transixir sobre eles¹⁸³. O que non determina este apartado é a qué órgano ou persoa lle correspondía a representación en xuízo.

■ resolve-los expedientes e reclamacións que deberían ou poderían dirixirse á Deputación¹⁸⁴, de acordo co que determinara a Lei de concellos. Na miña opinión, o que aquí se recolle é a vía gobernativa para recorrer-las decisións ou resolucións das corporacións municipais, mediante unha alzada á provincial. Incluso, ó non introducir o precepto ningún matiz, cabería a posibilidade de que os interpuxeran tanto os concellos como os veciños.

■ acorda-lo que conveña acerca das obras públicas que se deban custear con fondos provinciais, coidar que se realizaran, autoriza-las poxas e contratos subseguintes¹⁸⁵.

■ instruír e resolve-los expedientes sobre establecemento de novos concellos, agregación ou segregación dos existentes¹⁸⁶. Sen embargo, calquera outra resolución que afectara a división territorial, ou afectara unha vila ou outro territorio de calquera provincia, debería someterse á aprobación do Goberno, polo que se lles daría conta ás Cortes.

■ dirixirlles representacións e peticións ás Cortes ou ó Rei sobre tódolos obxectos de interese da provincia ou dalgunha das súas vilas. A importancia das autoridades ás que se dirixían as ditas peticións obrigaba a que asinaran o presidente, tódolos deputados e o secretario¹⁸⁷.

Gobierno a semejantes negocios de interés puramente local, y que muy remota e indirectamente pueden afectar al interés general, ha creído que no había necesidad de su intervención ni de la de las Cortes. Los ayuntamientos, corporaciones populares y autorizadas, ofrecen garantías bastantes de rectitud y pureza. Sin embargo, sus cuentas todavía requieren el examen, la glosa y aprobación de las Diputaciones, cuerpos de rango superior y que las leyes no pueden mirar con desconfianza. Si se frustran todas estas cauciones, inútiles serán probablemente otras que se escogiesen".

¹⁸² Correspóndese cos apartados 6º do art. 46 do Proxecto de 1840 e 4º do art. 60 do Proxecto da Comisión do Congreso de 1838.

¹⁸³ Correspóndese cos apartados 4º dos arts. 46 do Proxecto de 1840 e 6º do Proxecto da Comisión do Congreso de 1838.

¹⁸⁴ Con carácter fundamental os arts. 90 a 93 da Lei do 3 de febreiro de 1823 regulaban a resolución de agravios.

¹⁸⁵ Correspóndese cos apartados 7º e 8º do art. 46 do Proxecto de 1840 e 6º e 7º do art. 60 do Proxecto da Comisión do Congreso de 1838.

¹⁸⁶ Os arts. 83 a 87 da Lei do 3 de febreiro de 1823 sinalaban as regras para establecer novos concellos.

¹⁸⁷ Sobre estes puntos, arts. 161 e 164 da Lei do 3 de febreiro de 1823.

■ propoñerlle ó Goberno, para que as aprobara e lles comunicara ás Cortes, as variacións que fora conveniente facer na división de demarcacións e distritos electorais¹⁸⁸.

■ facer efectivas as correccións e multas que puideran impoñerlles ós concelleiros, segundo o que dispuxera a Lei de concellos á que se remitía¹⁸⁹. Tanto para a súa imposición, como para a execución doutros acordos calquera, poderían contar co auxilio da forza coactiva, que deberían prestárilles os xefes políticos e as demais autoridades requiridas por estes.

■ de maneira residual, cumprirían os demais encargos e exercerían as funcións que lles encomendaran outras leis especiais –electoral, de quintas, ordenanza da Milicia Nacional ou outras– e nos decretos e ordes do Rei¹⁹⁰.

■ evacuarían calquera informe que se lles pedira de orde do Rei.

■ remitiríanlle ó Goberno as noticias e os datos que lles esixa, prestando a súa cooperación e auxilio cando se trate da división territorial, da estatística, do censo de poboación, dos camiños e outras obras nacionais, e doutros obxectos semellantes de interese xeral¹⁹¹.

■ evacuarían tamén os informes que lles pidan outras autoridades, auxiliaríanas no que conviñera e gardarían con elas a boa harmonía que lle importara ó servizo público, e proporcionarlle-la debida e máis franca correspondencia¹⁹².

É apreciable a notable atribución de funcións encomendadas ás deputacións, só comparable coa serie de facultades que se recollían na Lei de 1823. Esta enumeración supón unha clara reacción fronte ós proxectos moderados e, incluso, ó proxecto centralista que o precedeu. Supón a aceptación das críticas dalgunhas corporacións provinciais, que tacharan o Proxecto do 18 de abril de 1842 de inconstitucional. Ademais, recoñécianse as funcións que viñan desempeñando as deputacións desde a etapa gaditana e o xogo que podían dar dentro dun réxime lixeiramente descentralizado –emancipado, en expresión dalgún texto aquí recollido– administrativamente.

¹⁸⁸ O cap. IV da Lei electoral do 20 de xullo de 1837 servíralle de apoio á Lei do 13 de setembro de 1837, e o art. 4 da cal, no seu inciso final, lles atribuíu ás deputacións a misión de “subdividir los partidos judiciales en distritos electorales si la comodidad de los electores lo exige”. Pola súa parte, o art. 9 do R.D. do 24 de outubro de 1839, dispuxo que o xefe político coa Deputación sinalaría os distritos nos que tivese que dividirse cada partido; mentres que o Decreto de rexencia do 13 de outubro de 1840 estableceu no seu art. 4 que “las Diputaciones señalaran previamente los distritos en que cada partido haya de subdividirse”.

¹⁸⁹ Respecto disto o art. 178 da Lei do 3 de febreiro de 1823 permitíalles ás deputacións cominar con multas que non pasaran de mil reais os concellos e particulares “en los negocios que sean de sus atribuciones, o bien por vía de apremio, o bien de corrección, en caso de desobediencia, falta de cumplimiento, o de advertirse otros defectos maliciosos que no sean culpas o delitos”. O xefe político disporía a súa exacción, segundo o art. 179.

¹⁹⁰ Resulta curioso que estas cuestións do art. 60 do proxecto eran das máis tradicionais que pertencen ás deputacións desde a Constitución de 1812. A razón de remitirse ás leis especiais que as regulaban puido deberse a que, co transcurso do tempo, eran estas e non a Lei do 3 de febreiro de 1823 as que concretaran as facultades das ditas corporacións.

¹⁹¹ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 61. Pola súa parte, o art. 15 do Proxecto sobre autoridade e funcións dos xefes políticos do 15 de novembro de 1842 establecía: “Pueden pedir a las Diputaciones provinciales, ayuntamientos y alcaldes de los pueblos de sus provincias, los datos, noticias e informes que necesiten”.

¹⁹² Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 62.

En relación cos fondos necesarios para cumprilas ditas tarefas¹⁹³, o art. 65, primeiro do título X, dispoñía o nomeamento dun depositario para a recadación dos fondos e caudais pertencentes á provincia, coa intervención da Deputación¹⁹⁴. O depositario debía prestar suficientes garantías, e custodiarlos caudais de acordo co que prescribira o regulamento interno da Deputación, ou co que esta mesma acordase. Para efectuarlos pagos, o dito oficial debería estar autorizado por libramento, asinado polo presidente e o secretario. Naquel documento debería constar a partida do presuposto con cargo á que se efectuaba, ou no seu caso, o acordo que o autorizara¹⁹⁵.

Era obrigación do depositario presentar, dentro dos quince primeiros días de cada ano, as contas do anterior, cos xustificantes, na secretaría da corporación. Se por calquera motivo o depositario deixara de selo, tamén estaría obrigado a presentar as contas pendentes nun prazo de quince días¹⁹⁶. Examinadas pola corporación estas contas, satisfaríanse os reparos, e emendaríanse ou corruxiríanse os agravios que contiveren. Unha vez aprobadas, a Deputación remitiríalle as contas co seu parecer ó Goberno, que as faría recoñecer polo Tribunal Maior de Contas. Despois de todas estas operacións pasaríanse ás Cortes para a súa aprobación definitiva¹⁹⁷. De novo rompíase coa estrutura e contido que marcaran os proxectos moderados, posto que non se refiren ó presuposto da provincia, senón que regulan a presentación e aclaración de contas por parte do depositario.

A última parte do proxecto é a dedicada á responsabilidade dos deputados provinciais. O motivo da súa inclusión xustificábase da seguinte maneira o Goberno: "Como cuerpos que ejecutan y administran, las Diputaciones provinciales están sujetas a responsabilidad. La responsabilidad es personal, y puede recaer sobre uno o sobre muchos, o sobre todos los individuos que componen una Diputación. Por esto, los artículos que se refieren a las faltas hacen mención sólo de los individuos, y esta doctrina evita la necesidad de disponer acerca de la suspensión o disolución de las Diputaciones".

En consecuencia e de conformidade con estas apreciacións, o art. 69 viña determinar a responsabilidade dos deputados provinciais "por sus faltas, por sus votos y por sus actos, como tales diputados y como comisionados de la Diputación". Ó Goberno correspondíalle facer efectiva esta responsabilidade de acordo coas leis¹⁹⁸.

No caso de cometer falta ou delicto castigado pola lei, o Rei, é dicir o Goberno, podía mandar suspenderlo deputado ou de-

¹⁹³ A rúbrica era *De la recaudación y distribución de los fondos provinciales*, pero en ningún momento se aludía ó presuposto provincial posto que xa aparecía mencionado no art. 58, 5º.

¹⁹⁴ Fronte á xestión económica que os proxectos moderados lles encomendaban ás oficinas da Facenda Real na capital da provincia, o texto de novembro de 1842 encóntrase na liña proposta polo art. 70 do Proxecto progresista de abril.

¹⁹⁵ Proxecto do 14 e novembro de 1842, art. 66, a finalidade do cal se asemella á prevista no art. 71 do Proxecto de abril anterior.

¹⁹⁶ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 67. En termos moi parecidos ó art. 72 do Proxecto do 18 de abril de 1842.

¹⁹⁷ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 68. A exposición, despois de referirse á aprobación das contas municipais que realizara a corporación provincial, sinalaba: "No están en igual caso las cuentas de las Diputaciones provinciales. Aunque no las rindan ellas materialmente, las rinde un empleado de su libre y exclusivo nombramiento, que ha obrado en virtud de órdenes y acuerdos. Debe requerirse otra aprobación, y como por la extensión de una provincia sus intereses tienen una especie de generalidad, parece que por estar las cuentas comprendidas en la letra y espíritu del art. 72 de la Constitución, deben ser presentadas a la aprobación de las Cortes". Neste punto discrepaban os proxectos progresistas, pois o de abril atribuíalle a aprobación definitiva ó Goberno, mentres que o outonal o facía ás Cortes.

¹⁹⁸ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 70.

¹⁹⁹ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 71. Poñía de manifesto a exposición: "Si existe un verdadeiro delito, la ley, inexorable e igual para todos, no permite que el culpado deje de sufrir la pena señalada. Los tribunales la han de imponer, y a los tribunales debe ser entregado sin la menor dilación. Alguna vez la falta o exceso no tendrá tan marcados los caracteres del crimen; pero el genio turbulante y díscolo, el abandono y notables descuido en el cumplimiento de los deberes de diputado u otras causas que siempre deben ser graves y bien calificadas, obligarán a resolver la suspensión. El Ministerio, que tiene que dar cuenta y defender su conducta en la Representación nacional, no se arrojará ligera-mente a adoptar medidas de tanta gravedad. La sentencia ejecutoriada, o una ley, solo tendrán suficiente fuerza para separar de su cargo a los diputados".

²⁰⁰ O art. 54 do Proxecto do 18 de abril determinaba que só por lei podía ser disolta unha Deputación; mentres que a suspensión ou separación dun ou máis deputados e a suspensión de toda a corporación lle correspondía ó Rei, segundo os arts. 52 e 53 do mesmo.

²⁰¹ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 73, parágrafo primeiro.

²⁰² Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 73, parágrafo segundo.

²⁰³ Neste sentido, OLIVAN manifestou que o Gabinete de Rodil, tras retirar os proxectos de abril de 1842, "les sustituyó (por) otros, purgados de las infracciones de constitución y de la tendencia reaccionaria, si bien conservando algunos errores como en obsequio a las ideas exagera-

putados que aparecieran como culpables, poñéndoos a disposición do Tribunal competente co expediente ou as probas, e dándolles conta ás Cortes¹⁹⁹. Deste modo á sanción imposta pola vía governativa –suspensión– engadíase a imposta pola lei –pena– a través da sentenza dos tribunais. Establecíase, polo tanto, unha dobre garantía: a dos tribunais e a do Poder lexislativo.

Cando a actuación non fora tan grave como no caso anterior, o art. 72 permitíalle ó Goberno suspender con carácter gubernativo a un o máis deputados provinciais. Esta sanción verificaríase por expediente instructivo en que constaran razóns bastantes, dándolles conta do mesmo ás Cortes e proponendo un proxecto de lei para a separación daqueles. Desta maneira, a suspensión seguiría a vía administrativa ou governativa, o que permitiría cualificala de sanción disciplinaria; mentres que a separación se faría pola vía lexislativa por proposta do Goberno²⁰⁰. Aínda que o precepto seguinte admitía que a separación dos deputados non só podía facerse por lei, senón tamén por sentenza executoriada²⁰¹.


En todo caso, corresponderíalle ó Goberno exercer sobre as deputacións "a suprema inspección conveniente", tanto para que puidera cumprirse o disposto na propia lei de deputacións, como para que as leis tiveran a súa debida observancia e execución, sen menoscabala-las atribucións e facultades daquelas corporacións²⁰². Esta función tutelar sería semellante á que exercían as corporacións provinciais sobre as municipais. O resultado sería unha tutela administrativa xerarquizada desde o Goberno ata os concellos.

Por último, o art. 74 do Proxecto do 14 de novembro de 1842 derogaba, só na parte relativa ás deputacións provinciais, a Lei sancionada no 2 de marzo de 1823 que non era outra que a Lei do 3 de febreiro dese ano. Co cal, polo menos en aparencia, quedarían vixentes diversas normas, como as referidas á renovación destes corpos e outras que lles encomendaran distintas facultades, se ben resulta evidente tamén a súa abrogación no que fora contraria ó texto do outono de 1842. Ademais, a derogación desta parte da lexislación proveniente do Trienio, permitía que o resto das institucións por aquela regulada permanecera en vigor, ata que se aprobaran os correspondentes proxectos que as regularan.

Este texto progresista chocaba moito máis que o anterior coas propostas moderadas, a pesar de admitir algunha delas²⁰³. Pasárase de querer unha excesiva centralización polos moderados, a pretender instaurar certa descentralización –emanci-

ción– a favor dos corpos provinciais. Máis na liña marcada pola Lei de 1823 admitíanse, sen embargo, algunhas notas de corte francés, como podía se-la separación da presidencia que lles viña correspondendo con carácter tradicional ós xefes políticos, para encomendarlla a un dos deputados. O control que se pretendía exercer sobre estes corpos por parte dos axentes do Goberno e a función tutelar que este tiña atribuída, xunto con algún outro punto xa exposto favorecerían tamén certo control ou sometemento ás directrices do Gabinete. En cambio e respecto das atribucións, este proxecto do 14 de novembro de 1842 era unha reacción desesperada dos progresistas para regula-lo réxime provincial.

No seu conxunto non deixa de presentar importantes contradicións a regulación que se pretendía darlle á Administración provincial considerada no seu conxunto. Por exemplo, mentres o Proxecto sobre deputacións lle entrega a presidencia a un deputado, salvo que concorrese o xefe político, a asistencia do cal parecía regularse como facultativa ou optativa, de acordo coa súa vontade²⁰⁴; o Proxecto sobre xefaturas políticas mandaba que concorran a tódalas sesións, e non podían deixar de facelo, senón por motivos graves²⁰⁵. O efecto inmediato sería que a presidencia real lle correspondería sempre ó delegado do Goberno, anque non tivera voto.

Os acontecementos que se foron desenvolvendo primeiro en Cataluña e con posterioridade no resto de España facilitaron a caída de Espartero, e con el a dos progresistas. Como en ocasións anteriores –1838, 1840, abril de 1842–, tamén este proxecto de finais de 1842, intento híbrido para conciliar posturas e que non deixaba de incluír certas innovacións, quedaría na lembranza. 

das reinantes, y atollándose en la embarazosa situación originada de la carencia de Tribunales administrativos. Lo más chocante en los nuevos proyectos, y que por ese lado empeora muchos de los anteriores, son ciertas disposiciones heteróneas, a manera de aditamentos de mano grotesta y ansiosa de falsa popularidad, que pretende atribuir a las Cortes actuaciones y referencias extrañas a su carácter en el orden constitucional y en el administrativo. No es en el Ministerio donde debiera suponerse ni donde pueda tolerarse aquel temperamento empírico, que con capa de fácil y bastardo eclecticismo encubre a la ignorancia”, en *De la administración*, páxs. 269 e 270.

²⁰⁴ Proxecto do 14 de novembro de 1842, art. 4.

²⁰⁵ Proxecto do 15 de novembro de 1842, art. 12.

Composición de los órganos de selección de los funcionarios locales: principios generales y normativa aplicable

Doctor en derecho.
Universidad de Santiago de
Compostela

Antonio Javier Ferreira Fernández

1. Introducción

Como ha señalado acertadamente Sánchez Morón, en la actualidad son muchos los problemas pendientes de nuestro modelo de función pública que demandan una urgente solución, si bien todos ellos responden a una misma causa

"A saber, que el modelo burocrático tradicional de corte Weberiano, es poco compatible con una sociedad competitiva, sumida en un proceso acelerado de cambio económico y de valores y en una revolución tecnológica. Para hacer frente a estas circunstancias, el sistema del empleo público necesita eliminar rigideces, flexibilizar estructuras, incrementar la eficacia y profesionalidad de las Administraciones, fomentar la capacidad de sus integrantes. En este contexto, la gradual equiparación al modelo de relaciones laborales de la empresa privada constituye una tendencia impararable"¹.

¹ SÁNCHEZ MORÓN, M. Derecho de la Función Pública, Tecnos, Madrid, 1996, p. 51.

Parece razonable pensar que también los procesos selectivos del personal al servicio de la Administración Pública, en cuanto elemento integrante y, desde luego, determinante del modelo de función pública que se vaya a establecer, se van a ver inmersos en el más que probable *aggiornamento* a que está abocado el modelo tradicional. Esta modernización va a venir determinada, con toda probabilidad, por el establecimiento de sistemas de selección más flexibles, que permitan una mayor y más específica profesionalización, sistemas que, en definitiva, garanticen una selección más eficaz del personal².

Ahora bien, si ello es así, no es menos cierto que otro de los problemas más graves que demandan una solución urgente es el de la necesidad de garantizar la objetividad e imparcialidad en el desarrollo de estos procesos selectivos. El favoritismo en el acceso a la función pública (y, en menor medida, para el ascenso) sigue constituyendo otro de los problemas fundamentales. Se trata de un problema de raíces profundas en nuestro país, no sólo vinculado al clientelismo político, sino también a amiguismos, nepotismo y patronazgos de vario tipo, que debe ser combatido (por no decir, utópicamente, erradicado) para consolidar una Administración moderna y estrictamente profesionalizada³.

Esta necesidad, además, se hace más acuciante cuanto más flexibles, más equiparados al modelo de las relaciones laborales sean, en general, los procesos selectivos. No podemos olvidar que los fines y principios que guían la selección y formación de los funcionarios públicos no son idénticos a los que presiden las relaciones privadas. Al margen de los imperativos constitucionales establecidos, entre otros, por el artículo 103 CE, lo cierto es que, al día de hoy, frente al lucro como máxima categórica que mueve las relaciones jurídico-laborales privadas, la rentabilidad política sigue siendo, por desgracia, una de las máximas de las relaciones jurídico-laborales públicas, a pesar de lo que, en muchas ocasiones, se trate de hacer ver.

Así pues, la necesidad de compatibilizar principios tales como los de eficacia y eficiencia, igualdad, mérito y capacidad, imparcialidad o seguridad jurídica, consagrados constitucionalmente (arts. 103 y 9.3) y previstos como principios ordenadores de la Función Pública⁴, obliga a buscar soluciones inteligentes y creativas, que garanticen el respeto y equilibrio entre todos ellos. Es este un problema sobre el que la doctrina viene reclamando la atención y que, sin embargo, no ha sido todavía resuelto adecuadamente por el legislador tal y como veremos⁵.

² Vid. al respecto Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas, celebradas en Vitoria en octubre de 1996, y que bajo el mismo título fueron publicadas por el IVAP, en 1997. De entre todas las aportaciones debe destacarse la de FÉREZ FERNÁNDEZ, M. sobre "Reflexiones sobre la necesaria renovación del actual modelo de selección de las Administraciones Públicas" (pp. 51 a 84), en la que se hacen unas consideraciones muy interesantes sobre las nuevas técnicas de evaluación y selección del personal al servicio de las Administraciones públicas.

³ SÁNCHEZ MORÓN, M. Derecho de la Función... p. 51.

⁴ El artículo 6 del Anteproyecto de Estatuto Básico de la función pública, al que aludiremos más adelante, establece que la ordenación de la función pública responde, entre otros, a los siguientes principios: "b) igualdad, mérito y capacidad; c) responsabilidad, incompatibilidad y objetividad como garantías del ejercicio objetivo e imparcial de la Función Pública; f) eficacia en el servicio a los intereses generales; g) eficiencia en la utilización de los recursos...".

⁵ En efecto, poco después de la reforma del año 1984, SANTAMARÍA PASTOR, J.A. ("Prólogo" ó libro de ESCUIN PALOP El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y en las Comunidades Autónomas, Tecnos, 1986) destacaba como uno de los problemas que planteaba la ley, y que era necesario resolver rápidamente, el de la composición y funcionamiento de los órganos de selección de los funcionarios públicos.

⁶ En el mismo sentido SÁNCHEZ MORÓN, M., op. cit., p. 52 ha señalado que en los órganos de selección "se encuentra una de las claves del problema, en la que se precisa extremar las garantías, pues dada la dificultad que a veces comporta diferenciar entre candidatos por razón de sus méritos y capacidad (sobre todo en procedimientos muy concurridos) y la discrecionalidad técnica de que gozan los órganos de selección, la imparcialidad y el acierto del resultado se juega muchas veces al designar al tribunal o comisión correspondiente".

⁷ Decimos hasta cierto punto, en la medida en que la revisión jurisdiccional de las decisiones de los Tribunales o Comisiones de selección no puede alcanzar, nunca, el núcleo de "la denominada discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido de valoración" (STS de 25 de octubre de 1992), lo que no significa, desde luego, que no se pueda someter a juicio la decisión de los órganos administrativos correspondientes, sino que se ha de hacer con ciertos límites. Esta doctrina ha sido reiterada por una abundantísima jurisprudencia ordinaria y constitucional. Un resumen del contenido básico de esta doctrina lo podemos ver en la STS de 15 de julio de 1996, en su FJ. segundo se establece lo siguiente "en Sentencias 29 de julio 1994 y de 5 de junio 1995 decíamos que 2... cualquiera que sea la ciencia, saber o técnica que deban acreditar los partícipes en los concursos y oposiciones, sigue, en principio, con plena vigencia la reiterada jurisprudencia sobre el particular, que encomienda en exclusiva la valoración a las Comisiones administrativas constituidas al efecto, a las que no pueden sustituir en cuanto a sus conclusiones valorativas los Tribunales de Justicia. Sin embar-

En lo relativo al desarrollo de los procesos selectivos no cabe duda de que una mayor flexibilización de los procedimientos y pruebas debe llevar aparejada, en aras a garantizar ese equilibrio, una mayor rigidez en la conformación del órgano de selección correspondiente. La determinación objetiva e imparcial de cual haya de ser la persona que de forma más eficaz puede desarrollar una concreta tarea no va a depender tanto del sistema o proceso que se vaya a seguir en su selección, como, principalmente, de la cualificación técnica y de la imparcialidad de los sujetos responsables de la misma⁶. Ahora bien, si en algunos sistemas de selección el margen de discrecionalidad dejado al Tribunal se encuentra hasta cierto punto reducido y, por tanto, su margen de maniobra es menor, tal y como ocurre, por ejemplo, en el sistema de concurso⁷, en los modernos sistemas de se-

go, esta doctrina no tiene un valor tan absoluto, que excluya cualquier tipo de matización. En este sentido, esta Sala, en algunas Sentencias, como las de 28 de enero de 1992 y 23 de febrero de 1993, ha tratado de precisar hasta qué punto la tesis tradicional sobre la imposibilidad jurídica de los Tribunales de Justicia para entrar en el examen de las cuestiones relativas a los conocimientos y méritos de los candidatos no admite fisura alguna. En las Sentencias citadas nos hacíamos eco de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de noviembre de 1991, que aunque referida a las facultades de unas Comisiones administrativas de Reclamaciones previstas en el ámbito de las pruebas para el profesorado universitario, sin embargo llega a algunas conclusiones interesantes para resolver, con carácter de orientación general, el tema que nos ocupa. En dicha sentencia se parte de los principios de igualdad y de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas, consagrados en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, para matizar las potestades revisoras de aquellas Comisiones, a partir del dato de no considerarlas como un órgano técnico, lo que lleva a la sentencia a esforzarse en distinguir entre "el núcleo material de la decisión técnica", reservado en exclusiva a las Comisiones juzgadoras, y sus aledaños, constituidos por la verificación de que se haya respetado la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de adjudicación de las plazas, si bien señalábamos también en nuestras sentencias cómo el esfuerzo dialéctico del Tribunal Constitucional al establecer aquella diferenciación concluía a la postre en la jurídicamente más asequible afirmación de que la no ratificación de la propuesta de provisión de una plaza sólo puede producirse en aquellos supuestos en los que resulte manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidente el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad. Estas consideraciones nos permiten aproximarnos a la idea de que -cualquiera que sea la materia sobre la que versen las pruebas- solamente en los supuestos en que sea evidente el error padecido por la Comisión a calificar como correcta o incorrecta una respuesta, de modo que sea realmente inaceptable, con arreglo a los criterios de la sana crítica, admitir la tesis de la Comisión determinante de aquella valoración, resultando permisible que con todas las cautelas y atendiendo a una casuística muy estricta, los Tribunales de Justicia puedan llegar a la conclusión de que los órganos administrativos no han tenido en cuenta manifestadas condiciones de mérito del partícipe en los concursos u oposiciones o bien que han computado favorablemente contestaciones manifiestamente equivocadas, siendo el caso más claro en este sentido el que se daría en el supuesto de operaciones matemáticas o de habilidades comprobables numéricamente, respecto a cuyo resultado quedase perfectamente acreditado la solución errónea tenida por buena por la Comisión o, a la inversa, la acertada que hubiese sido rechazada...".

lección, donde no sólo se busca al candidato con más conocimientos, sino a los candidatos con más y mejores aptitudes y actitudes, y en los que la entrevista personal es un elemento clave de la decisión, el margen de discrecionalidad dejado al Tribunal es mucho mayor y, por ende, la cualificación técnica de sus miembros, así como la imparcialidad de sus decisiones son, en última instancia, la única garantía de una decisión acertada, objetiva e imparcial.

Estas reflexiones de carácter general cobran en el ámbito local una nueva dimensión, y ello porque es aquí donde "el clientelismo político", los "amiguismos, nepotismos, y patronazgos de vario tipo" alcanzan su máximo grado de expresión. Por tanto, debe ser en este nivel donde se deberán extremar al máximo las cautelas para que la introducción de nuevos modelos de gestión y de selección del personal no sean campo abonado para el desarrollo y la consolidación de las corruptelas a que acabamos de hacer mención⁸.

Así pues, en un momento en el que la demanda de mayores cotas de autonomía y autogestión de los entes locales se ha convertido en una especie de *Sancia Sanciorum*⁹, creo necesario que,

⁸ De la misma opinión son LLISET BORREL, F. y GRAU AVILA, S. ("La Función pública local" en Informe sobre el Gobierno Local, MAPA, Madrid, 1992 pp. 179 y 180) para quienes existe un claro peligro de politización de la función pública local. "Así como en la Administración central domina el aspecto burocrático, la Administración local es esencialmente democrática. Sin embargo, también en esta última se pueden diferenciar claramente las estructura electivo-representativas de las estructuras burocrático-funcionales. Los elementos políticos no deberían forzar la utilización de las técnicas funcionariales pero sí marcar los fines y objetivos a conseguir. Por su parte, el funcionario no debe colocar ideológicamente sus técnicas a beneficio de un grupo social determinado, sino que ha de ser fiel a la institución administrativa manteniendo su independencia y su neutralidad política. La fidelidad institucional del funcionario, no ha de confundirse con la lealtad clientelar. Ha de reconocerse, sin embargo, que, en la práctica, cada nuevo equipo de gobierno precisa de unas correas de transmisión de sus posicionamientos y decisiones ante las cuestiones esenciales de la comunidad local. Ese papel lo cumplen el personal directivo y eventual. Peor que una extensión desmedida del personal eventual en nuestros ayuntamientos lo es el remedio de convertir, a través de concursos que amparan selecciones directas, el grueso del funcionariado local, ya que, en sucesivos cambios de gobierno, se reproduce el mecanismo, con el resultado indeseable de incrementar innecesariamente las plantillas. De esta forma, las plantillas, de dimensiones por lo general superiores a las necesarias, se "activan" por segmentos según el equipo gobernante. La falta de neutralidad política recíproca entre los representantes elegidos y los funcionario puede ser una causa importante de incremento injustificado de los puestos de trabajo, que es necesario atajar".

⁹ En este sentido, el pasado 17 de julio de 1998 el Consejo de Ministros ha aprobado la propuesta que ha elaborado el Gobierno para favorecer el desarrollo del Gobierno Local y que va destinada, fundamentalmente, a reforzar la posición institucional tanto de los Ayuntamientos como de las Diputaciones y de los Consejos y Cabildos Insulares. Esta propuesta, formada por un paquete de iniciativas legislativas y otras de carácter administrativo, es el fruto del amplio

consenso al que han llegado Gobierno, fuerzas políticas con representación parlamentaria y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP). Entre las medidas -que suponen una modificación en la articulación de 5 Leyes Orgánicas además de hacerlo en una Ley Ordinaria a través de la cual se modifican tres Leyes; la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local; Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; y la Ley de Aguas- se encuentran aquellas que refuerzan la posición institucional tanto de los Entes Locales como de los propios alcaldes; se introduce por primera vez en el mundo local la cuestión de confianza; se regula la moción de censura al introducir la convocatoria automática de un Pleno en el que se discute la misma; se articula, también por primera vez, un acceso directo de los Entes Locales al Tribunal Constitucional; se fortalecen las funciones de control político del Pleno y los ejecutivos del Alcalde; y se reconoce la representación local en organismos de asesoramiento y planificación del Estado. (Estas propuestas pueden ser examinadas en Internet, en la siguiente página Web <http://www.map.es/gobierno/ulnot/el70798.htm>).

desde los ámbitos más desapegados de la contienda política, se trate de hacer un esfuerzo por determinar los peligros que pueden encerrar soluciones del tenor de las preconizadas en la actualidad.

Es en este contexto en el que se inserta el objeto de este artículo. Con él se pretende constatar cuáles son en la actualidad las garantías que contiene el ordenamiento jurídico para evitar las posibles desviaciones que podría conllevar, en el plano de la selección del personal en el ámbito de la Administración local, el establecimiento de un sistema moderno de función pública. Más concretamente, se trata de determinar si la actual conformación de los órganos de selección del personal al servicio de la Administración local es lo suficientemente objetiva, imparcial y especializada, como para garantizar el que la introducción de nuevos sistemas de selección no se hará en merma de principios constitucionales tales como el de objetividad o imparcialidad.

2. Principios generales que rigen la composición de los órganos de selección de los funcionarios públicos

A. Especialidad e imparcialidad

Existe un acuerdo unánime al señalar que, con carácter general, los principios que deben guiar el régimen jurídico de la composición de los Tribunales u órganos de selección del personal al servicio de la Administración Pública son, fundamentalmente, dos: imparcialidad y especialidad¹⁰.

Ambos principios se presentan como una concreción en este ámbito de diversos principios generales proclamados por la Constitución en su artículo 103. El apartado 1 de este precepto establece que "la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales", por su parte, el apartado 3 establece que la ley que regule el estatuto de los funcionarios públicos regulará "las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones", así como "el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad". De este modo, el establecimiento de un estatuto funcional que garantice, en todo momento, un ejercicio objetivo e imparcial de las funciones públicas se convierte en un mandato constitucional directo para el legislador ordinario, el cual, en la regulación de los diversos aspectos que afectan a dicho estatuto, deberá seguir dichos pará-

¹⁰ Vid. entre otros SÁNCHEZ MORÓN, M op. cit., p. 125 o PALOMAR OLMEDA, A. Derecho de la Función Pública Régimen jurídico de los funcionarios públicos. Dyckinson. Madrid, 1996. p. 318.

metros. Consecuentemente, también la conformación de los órganos de selección de los funcionarios deberá ser regulada de acuerdo con estos principios. Sólo unos órganos imparciales podrán realizar un juicio imparcial y por tanto, una selección objetiva, en condiciones de igualdad, de aquellas personas más aptas, con mayor mérito y capacidad para el ejercicio de las funciones públicas¹¹.

Por su parte, el principio de especialidad, se presenta, según Alegre Ávila como una traducción del principio de imparcialidad en la composición de los órganos de selección, erigiéndose, por tanto, en un presupuesto indispensable para valorar adecuadamente el mérito y la capacidad de quienes aspiran a ingresar en la función pública¹².

El reconocimiento de ambos principios, especialidad e imparcialidad u objetividad, ha encontrado asimismo acogida en la más temprana jurisprudencia del Tribunal constitucional. Así la STC 87/1983, de 27 de octubre, reconoce en su FJ octavo que las normas que regulen las Comisiones de selección de personal a la administración local deberán garantizar dos extremos: 1) "la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre, sin ceder a consideraciones externas", o lo que es lo mismo, la capacidad de sus miembros para que su decisión sea objetiva e imparcial, 2) "que su nivel de preparación técnica sea lo suficiente para realizar la función seleccionadora", o lo que es lo mismo que tengan un nivel de preparación y especialización suficiente para garantizar una selección no sólo imparcial sino también ajustada a los principios de mérito y capacidad.

Además, ambos principios son, a su vez, objetivos que vienen determinados no sólo por otros principios constitucionales como los de Estado de derecho y eficacia administrativa¹³, o, como ha señalado Garrido Falla, por la denominada "eficacia indiferente de la Administración pública"¹⁴, sino también, y lo que es más importante, por el respeto del derecho fundamental de los ciudadanos a "acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes". Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, en los que ha puesto en conexión el acceso a las funciones públicas de acuerdo con los principios de mérito y capacidad y con el principio de especialidad e imparcialidad de los Tribunales. En la STC 174/1996, de 11 de noviembre (FJ 2) se establece que,

"El derecho fundamental ex artículo 23.2 CE, puesto en relación sistemática con el inciso segundo de su artículo 103.3... impone la necesidad de que el acceso a las funciones y cargos pú-

¹¹ La vinculación de la "objetividad" en el ejercicio de las funciones públicas al mérito, como principio que debe guiar la selección de los servidores públicos, no es un problema aislado que afecte singularmente a nuestro Estado. (Por el contrario.) En el conocido "INFORME NOLAN" (Normas de conducta para la vida pública (Informe Nolan), Documentos INAP, Madrid, 1996) se establece como uno de los siete principios que deben guiar la vida pública el de objetividad, concretado sobre la siguiente premisa: "Al resolver sobre asuntos públicos, incluidos los nombramientos públicos, la contratación pública, o la recomendación de individuos para recompensas y beneficios, los que ocupan cargos públicos, deberían elegir por razones de mérito". Cit. por GÓMEZ PUENTE, M. Ciberrevista de Derecho Administrativo, n° 2, abril-junio 1997.

¹² Vid. ALEGRE AVILA, M. "Objetividad e imparcialidad de la Administración. El principio de especialidad en la composición de los órganos de selección", RVAP, n° 34, 1992 p. 14.

¹³ SÁNCHEZ MORÓN, M. op. cit., p. 24.

¹⁴ GARRIDO FALLA, F. Comentarios a la Constitución, 2ª ed. Civitas, Madrid, 1985, pp. 1425-1426.

blicos se haga de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (SSTC 75/1983, 148/1986, 193/1987, 206/1988, 67/1989, 215/1991 y 353/1993). En íntima conexión con esta configuración de tal derecho fundamental, hemos afirmado que el discernimiento de esa idoneidad de los aspirantes a una plaza en la función que ha de corresponder exclusivamente a órganos calificadoros compuestos por personas dotadas de la debida preparación científica y técnica en la materia propia de cada función o cargo. Por ello, no es correcto que, desde esa perspectiva constitucional, órganos sin tal cualificación puedan revisar la valoración realizada por aquellos que sí lo son, incidiendo en los aspectos materiales de los procedimientos selectivos y entrando a ponderar la capacidad y los méritos de los concursantes o de los opositores. Si así lo hicieran, si sustituyeran la evaluación técnica del órgano especializado, quebrantarían el artículo 23.2 CE por desconocimiento de los principios constitucionales que le sirven de soporte (STC 215/1991)".

Del mismo modo la STC 73/1998, de 31 de marzo estableció, refiriéndose a la igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas del artículo 23.2, que

"Esta igualdad que la ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene, por otra parte, un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo (así la existencia de un órgano de evaluación técnicamente capacitado SSTC 215/1991 y 174/1996)..."

En definitiva, la existencia de un órgano evaluador técnicamente capacitado e imparcial no es más que el contenido material, la concreción del derecho fundamental consagrado por el artículo 23.2 CE, por lo que su transgresión supondrían, a su vez, la transgresión del derecho mencionado, con las consecuencias jurídicas que ello tiene¹⁵.

Así pues, partiendo de que ambos principios, especialidad e imparcialidad, no son más que el trasunto de otros principios de rango constitucional, es evidente que las diversas normas incidentes sobre la materia han de desarrollarse en el más escrupuloso respeto a ambos. De otro modo, el incumplimiento de dichas prescripciones abrirá las puertas a los ciudadanos para cuestionar las decisiones de estos Tribunales hasta en las más altas instancias.

b. Publicidad

Junto a estos principios, de carácter material, podría añadirse otro de carácter general y naturaleza formal: el principio de publicidad.

Con carácter general se viene señalando al principio de pu-

¹⁵ La conexión entre ambos principios y el derecho del artículo 23.2 permitiría recurrir la composición de un Tribunal que no reuniera las condiciones adecuadas, a través de las diferentes vías reaccionales que amparan al ciudadano ante una eventual vulneración de cualquiera de los aspectos o vertientes de dicho derecho. Así, según PULIDO QUECEDO, M. El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución. Civitas, Madrid, 1992 (pp. 429 y 430) tanto a través de la vía ordinaria (LJCA), como la especial contemplada en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, o finalmente, a través de la espita siempre abierta del recurso de amparo, va a poder darse protección al ciudadano frente a las eventuales limitaciones de dicho derecho.

¹⁶ Cf. SÁNCHEZ MORÁN, M. op. cit., p. 133.

blicidad como uno de los principios que ha de presidir el desarrollo de todo el proceso selectivo y singularmente del acto por el que se inicia el mismo: la convocatoria¹⁶. Así lo expresa, con carácter básico, la LMRFP que establece que "las Administraciones públicas seleccionan su personal... mediante convocatoria pública"; así lo ha reconocido también el Tribunal Constitucional para quién "la publicidad es un elemento indispensable de exteriorización de la convocatoria" (STC 87/1983, de 27 de octubre, fj. 8); y así lo prevé el Anteproyecto de reforma del Estatuto Básico de la función pública, que en su artículo 15.3 establece que "en todo caso (en los procesos selectivos) se garantizará la efectividad de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

Este principio viene determinado, además de por la necesidad de provocar la concurrencia y facilitar la divulgación de las pruebas, por la necesidad de garantizar el derecho de acceso en condiciones de igualdad de todos los aspirantes. Sólo conociendo con carácter previo las bases y programas que han de regir un proceso selectivo se podrá garantizar que los participantes en el mismo se encuentren en condiciones de igualdad a la hora de afrontarlo.

Teniendo en cuenta la posición central que ocupan los órganos de selección dentro de los procesos selectivos parece necesario que los posibles participantes en el proceso puedan y tengan el derecho a conocer, antes de iniciarse el mismo, quiénes van a ser los sujetos encargados de dilucidar su aptitud para acceder a la función pública. De otro modo, el no garantizar la publicidad de la composición del órgano de selección sería tanto como colocar a los aspirantes en una cierta indefensión ante la actuación de los mismos. Y ello es así porque el único instrumento, desde un punto de vista organizativo, de que disponen los interesados para controlar la neutralidad e imparcialidad de los órganos administrativos es la recusación de sus miembros a través del procedimiento establecido en el artículo 29 LPAC, cuando alguno de ellos incurra en las causas de abstención previstas en el artículo 28 de la LPAC¹⁷. En este sentido, González Navarro no ha dudado en definir la recusación como el derecho que tiene el interesado en un procedimiento a obtener la no intervención en el mismo del funcionario que, estando incurso en alguna de las causas legales de abstención, incumpla su deber de abstenerse¹⁸.

Pues bien, partiendo de la naturaleza de órganos administrativos colegiados de los órganos de selección de los funcionarios públicos y por tanto, siendo de aplicación plena las dis-

¹⁷ En este sentido ORTEGA ÁLVAREZ, L. ("Órganos de las Administraciones públicas", en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (dir. por LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN) Tecnos, Madrid, 1993) ha señalado que "con la abstención y recusación nos encontramos ante elementos del procedimiento administrativo común con los que se pretende, según se expresa en la Exposición de Motivos, dar cumplimiento al mandato constitucional dirigido a las Administraciones públicas para que sirvan con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE), del que es complemento el principio de neutralidad de sus agentes, el cual también se expresa en términos constitucionales (art. 103.3 CE) mediante el establecimiento de la reserva de Ley para el establecimiento de las garantías y para la imparcialidad del empleado público en el ejercicio de sus funciones" (p. 83)

¹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 1993, p. 321.

posiciones de la LPAC¹⁹, la única opción para que esta posibilidad abierta a los interesados sea verdaderamente factible es garantizando el conocimiento público de estos órganos de selección con carácter previo a la celebración de las pruebas²⁰. Nada mejor para ello que dicha publicidad se instrumente a través de la propia convocatoria del proceso selectivo, que constituye la verdadera Ley del mismo, y que, en cuanto tal, es el único acto que, por tener carácter previo a la realización de las pruebas, obliga tanto a la Administración convocante, como al Tribunal examinador, como a quienes toman parte en el procedimiento de selección²¹.

A esta misma conclusión parece haber llegado, de forma implícita, el *Anteproyecto de Estatuto Básico de la Función Pública*, el cual en su artículo 16.2 establece que la posibilidad de que actúen asesores expertos del órgano encargado de la selección deberá figurar expresamente en la convocatoria. Por tanto, si la posible presencia de asesores de figurar en la convocatoria, con más razón deberá figurar el órgano asesorado, responsable en última instancia de la selección.

C. Impronta local

Por último, y en la medida en que en este artículo nos vamos a centrar en el análisis del régimen jurídico de las Comisiones de selección de funcionarios al servicio de la Administración local, deben de tenerse en cuenta también las posibles singularidades que, en el plano de los principios generales, pueden tener aquéllas. Lo cierto es que el respeto al principio bien conocido de autonomía local va a manifestarse también en el ámbito de la gestión de sus recursos humanos por la entidad local correspondiente. Concretada la autonomía de las entidades locales en torno a tres ideas centrales: organización propia y distinta, ám-

¹⁹ Que los Tribunales y Comisiones de Selección del personal al servicio de la Administración Pública son órganos administrativos colegiados es una cuestión que no permite discusión. Así lo ha entendido implícitamente la LPAC cuando al tratar del recurso ordinario en su artículo 114 ha establecido que a los efectos de recurso dichos tribunales tienen la naturaleza de órgano administrativo dependiente de la Autoridad que haya nombrado al Presidente de los mismos". Más claros son los pronunciamientos del Anteproyecto de Estatuto Básico de la Función Pública, el cual en su artículo 16.2 establece expresamente que a estos órganos "les será de aplicación lo dispuesto en la normativa vigente sobre órganos colegiados y sobre abstención y recusación".

²⁰ Cabría la posibilidad de entender que la publicación del Tribunal se realizase en un momento posterior a la convocatoria, pues tal y como establece el artículo 29.1 de la LPAC la recusación podrá promoverse "en cualquier momento de la tramitación del procedimiento". Sin embargo, esta posibilidad, en el caso de los procesos selectivos no parece factible, pues, de acuerdo con el desarrollo de los mismos, una vez publicada la convocatoria, es el propio Tribunal o Comisión el órgano encargado de desarrollar todas las actuaciones hasta la conclusión del mismo, por lo que si no se publicase en ese mismo momento, difícilmente podrían ser fiscalizadas por los interesados las actuaciones de un órgano del que se desconoce su composición.

²¹ Así lo ha expresado de forma reiterada el Tribunal Supremo en diversas sentencias, como por ejemplo la STS de 20 de marzo de 1995, en la que en su F.J. 3º se afirma que "las bases del concurso-oposición constituyen la Ley de la misma, obligando tanto a la Administración convocante y Tribunal examinador designado, como a quienes luego de publicadas aquéllas toman parte en el procedimiento de selección y se aquietan a las mismas...".

bito competencial de tareas públicas y libre capacidad de decisión²², no cabe duda de que el reconocimiento de un cierto margen de maniobra en la gestión y selección de su personal no es más que un mero presupuesto del reconocimiento de una organización propia y distinta, definida con cierto grado de libertad por parte de las entidades locales. Estos principios van a ser concretados a través del reconocimiento a las entidades locales, en cuanto poderes públicos, de potestades públicas superiores tales como la reglamentaria o la de autoorganización²³. Podría, por tanto, llegar a hablarse de la naturaleza local, en cuanto concreción del principio de autonomía local, como uno más de los principios que deben regir la constitución y composición de este tipo de órganos de selección.

Así parece haberlo entendido el propio Tribunal Constitucional para quien junto a la imparcialidad y especialidad, tal y como acabamos de ver, *"la adecuada presencia local"* en los órganos de selección ha de ser uno de los principios que debe garantizar el régimen jurídico de los tribunales y comisiones de selección del personal al servicio de las corporaciones locales²⁴. Ahora bien, garantizar la adecuada presencia local en los órganos de selección, es un principio que puede ser satisfecho por una doble vía: o bien, garantizando la presencia en el órgano de selección de representantes de la Corporación afectada, o bien garantizando que la designación de los miembros que hayan de integrar el órgano de selección la decisión corresponderá a la Corporación afectada. Ambas posibilidades van a garantizar esa adecuada presencia local y, por tanto, van a ser garantía de cumplimiento del principio de autonomía local en este ámbito, si bien, en la primera, su cumplimiento puede resultar imposible o muy difícil dadas las reducidas dimensiones de la mayoría de nuestras Corporaciones locales.

Ahora bien, conviene dejar sentado desde este momento que el respeto de la autonomía local y por tanto el cumplimiento del principio de garantizar la adecuada presencia local en los órganos de selección, no pueden ni deben ser argumento para soslayar o mermar la efectividad del cumplimiento de los principios que acabamos de mencionar. Se trata, en mi opinión, de principios perfectamente compatibles y que pueden coexistir en perfecta armonía a la hora de determinar cual haya de ser la conformación de los órganos a que nos estamos refiriendo.

²² FANLO LORAS, A. Fundamentos constitucionales de la autonomía local. CEC, Madrid, 1990, p. 257.

²³ En efecto el art. 4 LBRL establece que "En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los Municipios, las Provincias y las Islas: a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización". En cuanto a las demás entidades locales (comarcas, mancomunidades, entidades metropolitanas o entidades de ámbito territorial inferior al municipio), el mismo artículo 4 en su apartado 2 remite a las leyes de las Comunidades Autónomas la concreción de si estas potestades les serán de aplicación o no.

²⁴ STC 87/1983, de 27 de octubre FJ 8.

3. Normativa aplicable

A. En general

Si hay alguna materia que está reclamando a voces un texto refundido esta es la de la función pública²⁵. La dispersión y profusión normativa existente en este ámbito alcanza un grado de desarrollo inusitado, siendo en el ámbito local, quizás, donde la concreción de las normas aplicables en cada caso resulta más compleja, y ello porque, junto al alto grado de desarrollo normativo alcanzado en esta materia deben unirse consideraciones de naturaleza competencial que hacen más confuso, si cabe, el proceso de delimitación normativa.

En efecto, la determinación del régimen jurídico del personal al servicio de las entidades locales es una cuestión que incide, competencialmente hablando, en dos títulos: el "régimen local" y la "función pública". De acuerdo con el artículo 149.1.18 va a corresponder al Estado la determinación de "las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas" así como "del régimen estatutario de sus funcionarios", correspondiendo a las Comunidades Autónomas, que hayan asumido tales competencias, que de hecho, y en mayor o menor medida, han sido todas, el desarrollo normativo de ambas²⁶.

²⁵ Cfr. SOSA WAGNER, F. Manual de Derecho Local. Tecnos, 3ª ed. Madrid, 1996 o LASAGABASTER HERRARTE) I. "El recurso al Derecho Privado en los sistemas de personal de las administraciones autonómicas y de las corporaciones locales". Documentación Administrativa, nº 243, 1995, p. 200

²⁶ En el mismo sentido vid. MAURI MAJOS, J. "Función Pública local", en FONT i LLOVET, T. Anuario de Derecho local, M. Pons, Madrid, 1995, p. 266 o LASAGABASTER HERRARTE, I., "El recurso..." p. 201. Para este último "el empleo público local puede entenderse comprendido en la materia régimen local, empleo público o empleo público local. Los Estatutos de Autonomía no han incluido en sus listados competenciales la materia empleo público local y la regulación autonómica puede estar contenida en la norma reguladora del régimen local o en la reguladora del empleo público autonómico. Estas diferentes opciones del legislador autonómico se entiende que no ponen en cuestión la competencia autonómica en el silencio de los Estatutos. Dicho con otras palabras, la competencia autonómica en materia de empleo público local no precisa de un expreso reconocimiento competencial. El empleo público local no puede concebirse como una materia propia, diferenciada, ya que esta opción interpretativa llevaría a la existencia de un gran número de materias, y a la descomposición de ámbitos materiales configurados por una práctica legislativa y administrativa constante. De acuerdo con esta última y atendiendo a las propias opciones desarrolladas por el legislador estatal, hay que pronunciarse por la inclusión del empleo público local dentro de las competencias en materia de régimen local. Esta interpretación no impide que el legislador autonómico regule el empleo público en la normativa relativa al empleo público autonómico, ya que lo que se discute en todo caso no es la opción de técnica legislativa del legislador autonómico, quien puede optar por incluir una regulación en un título u otro, sino la competencia autonómica en esa concreta materia...".

Pues bien, siguiendo el marco general enunciado por el artículo 149.1.18 de la Constitución española, el régimen jurídico de los funcionarios locales vendrá determinado por un complejo normativo que va a responder al siguiente esquema,

A.1. Normas básicas

Como acabo de decir es al Estado a quien corresponde el dictado de las normas básicas sobre esta materia. Estas normas, sin embargo, no van a concretarse en una única disposición sino en un complejo de normas sistematizables del siguiente modo:

Por un lado, están las previsiones que la LBRL contiene en su Título VII (arts. 89 a 104) y que tienen, todas ellas, naturaleza básica. Por lo que a nosotros interesa en este momento, es necesario destacar que la Ley parte a la hora de abordar la regulación básica de esta materia, de la clásica distinción entre funcionarios con habilitación de carácter nacional y el resto de funcionarios de las entidades locales²⁷.

(i) A los funcionarios con habilitación de carácter nacional la Ley les dedica el Capítulo III del Título IV. A estos funcionarios (el secretario, el interventor y el tesorero) se les reserva en exclusiva el ejercicio de determinadas funciones claves para el funcionamiento de las Entidades locales como son las de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo, y las de control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación (art. 92.3 LBRL). Con esta previsión la LBRL se va a decantar por la opción, apuntada ya por el propio TC en su Sentencia 25/1983, de 7 de abril, de considerar como básica "la existencia de los Cuerpos de funcionarios citados (refiriéndose a lo que hoy son escalas de funcionarios con habilitación de carácter nacional) como Cuerpos de carácter nacional". De este modo, al haber elevado al rango de básica la existencia de determinadas escalas de funcionarios, se va a condicionar la naturaleza de las normas que regulan, en lo sustancial, su régimen jurídico, lo que, en última instancia, revertirá en una "estatalización" de su régimen jurídico en detrimento de las competencias propias de las entidades locales y los entes autonómicos.

Esta opción, asumida efectivamente por el legislador, va a ser refrendada por el propio TC, quien en la conocida Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre sobre la LBRL entendió que,

"no hay lugar sino a reconocer como válida y ajustada plenamente a la Constitución la decisión del legislador estatal que, al amparo del artículo 149.1.18 de la norma fundamental, ha

²⁷ Sobre el origen de esta distinción vid. AGIRREZKUENAGA, I. Origen de los funcionarios de habilitación estatal: los cuerpos nacionales. IVAP, Bilbao, 1996.

²⁸ La calificación como "propios" para aludir a los funcionarios de las entidades locales que carecen de la habilitación de carácter nacional, tiene una explicación en clave histórica, pues así era como se denominaba a estos funcionarios antes de la LBRL. Como señala CARRASCO CANALS, C. ("Los funcionarios propios y otros empleados locales" en Tratado de Derecho Municipal, vol. II) "El concepto de funcionario propio también es otro concepto tradicional en el sentido de exclusividad, es decir, que pertenece de forma permanente a una Corporación local, pero que sometidos a un régimen específico dependen de una Entidad local y de por vida se encuentran afectados a ella sin posibilidad de traslado, puesto que se ha definido su *statuts* con la particularidad de una relación de servicios, que les vincula con una organización profesionalmente, pero que es de una Corporación que tiene "su plantilla" que es propia y por ende el personal está implicado exclusivamente con ella.". Esta acepción se encuentra hoy superada por las actuales normas, de ahí que el mismo autor hable de estos funcionarios como los "denominados propios, impropriamente, por paradoja" (p. 2129).

²⁹ Desde la temprana STC de 28 de enero de 1982 se ha venido admitiendo que "lo básico" no se acota, necesariamente, en la ley, pudiendo también el Reglamento, en la necesaria colaboración que presta a la ley, completar e integrar dicho concepto (F. 1). Del mismo modo se ha expresado la STC 179/1992, en la que se ha señalado que siendo el legislador o la Ley votada en Cortes el instrumento normal

fijado como básicas -y, por tanto, necesarias en todas las Corporaciones Locales- determinadas funciones que, por su propia naturaleza quedan reservadas a determinados funcionarios con un específico grado de formación. Ese carácter básico, al servicio de garantizar de manera generalizada en todas las Administraciones Locales el correcto desempeño y desenvolvimiento de cierto elenco de funciones que, por su trascendencia misma, rebasan el estricto interés local y, más aún, autonómico, justifica, asimismo, que el Estado asuma, con plenitud de facultades, la fijación de los correspondientes programas de selección y formación de los funcionarios habilitados".

(ii) Junto a los funcionarios que acabamos de mencionar, están los "restantes funcionarios" de las Corporaciones locales. A estos funcionarios, más conocidos como funcionarios propios de las entidades locales²⁸, la Ley les dedica el Capítulo IV de su Título VII (arts. 100 a 102), en el cual se hace una sucinta referencia (sobre todo comparada con las referencias contenidas en la misma sobre los funcionarios con habilitación de carácter nacional) a la selección y a las reglas sobre provisión de puestos de estos funcionarios.

Por otro lado, están las previsiones que, con el carácter de básicas, contienen la LMRFP y el resto de leyes básicas que el Estado pueda dictar al amparo del artículo 149.1.18.

Por último, están las normas que, con el mismo carácter, esto es naturaleza básica, pueda haber dictado el Estado en desarrollo de las anteriores normas, y entre las que se encuentran gran parte del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local²⁹ o el Real Decreto

para la determinación de las normas básicas, también el Gobierno de la Nación puede hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia o, con mayor razón, a través de un Decreto Legislativo cuando se trate de una materia sobre la que el Estado tienen competencia para aprobar las normas básicas (FJ 2). Esta naturaleza básica se ha venido atribuyendo a algunas de las disposiciones contenidas en el Título VII del RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, al establecer la Disposición final séptima, apartado 1,b) del mismos que en las materias reguladas por los títulos VI y VII se inferirá el carácter básicos de sus preceptos conforme a su naturaleza o según disponga la legislación estatal vigente en aquéllas". Sin embargo, la STC 385/1993, de 23 de diciembre ha declarado inconstitucional el inciso "conforme a su naturaleza o" de esta Disposición, por ser incompatible con los requisitos que se exigen para considerar básica una norma, ya que difiere la determinación de lo básico a una actividad hermenéutica que es incompatible con el principio de seguridad jurídica (Fj. 6)". De este modo se ha entendido que sólo tendrán naturaleza básica, además de los preceptos expresamente enunciados por el apartado 1,a) de la disposición final séptima, aquellos que según disponga la legislación estatal vigente deban de tenerla.

1174/1987, de 18 de septiembre, sobre régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

En cuanto a la prelación jerárquica, y para el supuesto de que surgiese un conflicto entre las normas básicas de régimen local y las normas básicas de función pública, el artículo 92.1 de la LBRL da preferencia a sus preceptos respecto a los generales de la LMRFP³⁰, al establecer que

“Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto por esta ley, por la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución”.

A.2. Normas de desarrollo

A.2.1. Normas autonómicas

Siguiendo el esquema apuntado por la CE de 1978, serán las Comunidades Autónomas las encargadas de desarrollar, en segunda instancia, el régimen jurídico de los funcionarios locales.

Del mismo modo que el Estado podía incidir en esta materia a través de diversos títulos competenciales y, por tanto, a través de diferentes disposiciones normativas, las Comunidades Autónomas podrán desarrollar su competencia normativa a través de la legislación que dicten en materia de régimen local, primero, y la legislación autonómica sobre función pública en segunda instancia³¹. En el caso gallego, se sigue fielmente esta prelación de fuentes, siendo la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia (LALG) la encargada de regular directamente el régimen jurídico de los funcionarios locales³²,

³⁰ CARRASCO CANALS, C. (“Los funcionarios propios y otros empleados locales” en Tratado de Derecho Municipal, vol. II..., p. 2130) explica la causa de esta prelación en los siguientes términos “No es intención ahora de discutir la lógica subsidiariedad de la Ley de Medidas, en virtud del carácter de ley general frente a una ley especial de régimen local, que además ambas normas se hacen en virtud del mismo imperativo constitucional, el art. 149.1.18, si bien el cumplimiento de la ley local es más acorde con el mandato de la Constitución, pues se perfecciona in totum frente a la Ley de Medidas, que primero se concibió urgente; luego básica, sensiblemente en un 60 por 100 de su contenido; después provisional, declarado en su propia explicación de preámbulo, y, por último, la urgente gestación, pues así fue concebida inicialmente, como se ha dicho reiteradamente”.

³¹ LLISET BORRELL F. y GRAU AVILA, S. op. cit., p. 178.

³² La ley mencionada dedica los artículos 238 a 241 a la regulación de los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional, limitándose en ellos a concretar el grado de atención que se debe de prestar en esos procedimientos de selección y de provisión de puestos al conocimiento de las especificidades de la organización territorial, normativa autonómica y lengua gallega. A los demás funcionarios de carrera la ley les presta más atención (artículos 242 a 248), si bien se va a limitar a reproducir la mayoría de las previsiones establecidas

con carácter de básicas por el Estado e introduciendo algunas novedades, aunque pocas, como, por ejemplo, la previsión de una nueva escala de gestión (Grupo B) dentro de la escala de administración general, lo que hasta ahora era una verdadera carencia de la normativa estatal.

³³ Esta ley fue modificada sustancialmente por las Leyes de 8 de marzo de 1991, de 24 de julio de 1992, 14 de abril de 1993, 30 de mayo de 1994 y 10 de abril de 1995.

³⁴ En este ámbito cabe destacar el Decreto de 30 de julio de 1990 de la Generalitat (modificado por el Decreto de 7 de enero de 1991) por el que se aprobó el Reglamento de personal al servicio de las entidades locales catalanas, y que contiene una sistemática reglamentación de esta materia.

³⁵ En efecto el 20 de marzo de 1991 la Administración gallega dictó un conjunto de Decretos (Reglamentos de selección del personal, provisión de puestos de trabajo, promoción profesional y promoción interna, situaciones administrativas y de régimen disciplinario) en los que se desarrollaban las previsiones iniciales de la LFPG aprobada en el año 1988. Sin embargo, estos Decretos no fueron adaptados a las sucesivas modificaciones que sufrió la Ley en los años 91 a 95, por lo que gran parte de sus previsiones pueden entenderse derogadas.

³⁶ Vid. en este sentido, PAREJO ALFONSO, L. *Garantía institucional y autonomías locales...* op. cit., p. 154.

³⁷ Vid. ARRONIZ, A. "La organización comarcal" *Autonomías*, n.º 21, 1996, p. 148

³⁸ FERNÁNDEZ FARRERES, G. "La potestad local de autoorganización: contenido y límites", en *Tratado de Derecho Municipal*, vol. I, Civitas, Madrid, 1988, p. 738.

³⁹ Vid. SÁNCHEZ GOYANES, E. "La potestad normativa del municipio respecto al régimen de su organización y personal", *REALA*, n.º 273, p. 151.

mientras que la Ley 4/1988, de 26 de mayo de la Función Pública de Galicia (LFPG), sólo será aplicable en aquellas cuestiones que no regule la primera³³.

Junto a estas normas con rango de ley se encuentran las normas reglamentarias que éstas puedan haber dictado como complemento y desarrollo de las primeras. Hasta el momento son muy pocos, por no decir inexistentes, los supuestos en los que las CCAA han desarrollado su potestad reglamentaria respecto de los funcionarios locales³⁴. Así, en Galicia las normas reglamentarias dictadas hasta el momento tienen un carácter general, desarrollan la LFPG y, en esa medida, no contemplan la específica situación de los funcionarios locales. Además la mayor parte de estas han sido derogadas implícitamente por las sucesivas modificaciones sufridas por la LFPG, por lo que difícilmente van a aportar solución alguna a los problemas que se plantean en este artículo³⁵.

A.2.2. Normas locales

El poder normativo autonómico tiene un claro límite en el respeto al derecho de las propias entidades locales de autoorganizar y autoordenar su propia estructura personal. Así, la descripción del marco normativo de la función pública local no se agota con la relación de normas que acabamos de mencionar, sino que también deben de tenerse en cuenta las normas organizativas propias de cada entidad local.

No cabe duda que el poder más íntimo y vinculado al reconocimiento de la autonomía local a una entidad local es el reconocimiento de su potestad de autoorganización³⁶. Autoorganizarse comporta el dominio del propio espacio administrativo, en el sentido de poderlo ordenar, estructurar y adaptar a las circunstancias geográficas, sociológicas y culturales del ente local³⁷. Este dominio se concreta, a su vez, tal y como ha destacado Fernández Farreres, "no sólo en la determinación de la estructura organizativa al servicio de los fines propios y específicos del Ente, sino también en la fijación misma de los criterios y reglas ordenadoras de su funcionamiento, de manera que "libertad de organización" y "libertad de funcionamiento" constituyen las dos manifestaciones en que substancialmente se resume la capacidad de autoorganizarse³⁸. De este modo, las fuentes autónomas del Derecho local afluyen, en primer lugar, desde el campo de la organización interior de la respectiva Corporación³⁹.

Así pues, y con carácter general, el diseño organizativo que establezcan las instancias superiores no puede tener un carác-

ter agotador; de otro modo, nos situaríamos ante una paradójica contradicción, pues, por una parte, se reconocería a las entidades locales potestad para autoorganizarse y, por otra, se cercenaría dicha posibilidad regulando agotadoramente la forma de integración de los órganos de gobierno y el régimen jurídico del personal propio de los entes⁴⁰. Así lo ha entendido el propio legislador estatal quien, en un primer momento, ha llegado a colocar en el orden de prelación de fuentes del ordenamiento jurídico local los reglamentos orgánicos de los entes locales por encima de las propias leyes autonómicas (art. 5 LBRL). Esta posibilidad fue declarada inconstitucional por la STC 214/1989, al haber dado el legislador estatal primacía a un reglamento orgánica frente a las leyes autonómicas. Con todo, el alto tribunal no acertó a señalar cuál es el concreto margen de maniobra que en desarrollo de su potestad de autoorganización va a quedar a las entidades locales, lo que va a traducirse, en la práctica, en una reducción de su ámbito de actuación.

Dentro del concepto de organización interior, como ámbito propio del desarrollo de la potestad autoorganizatoria, cabe distinguir, siguiendo a Sánchez Goyanes, los siguientes campos o parcelas: organización interna en sentido estricto, organización corporativa y todo lo relativo a los medios personales a través de los cuales la Corporación va a ejercer sus competencias⁴¹.

No ha sido en el campo del personal donde el desarrollo de las facultades de ordenación de la entidad local ha corrido mejor suerte. Las limitaciones que, de forma implícita, imponen un desarrollo abusivo de la potestad básica estatal y de desarrollo autonómico, el respeto íntegro de los derechos individuales de los trabajadores configurados legalmente tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas y la imposibilidad de establecer la reglamentación de este tema por la vía convencional han sido un freno insalvable para el pleno desarrollo de esta potestad. En consecuencia, puede afirmarse que hoy no existe una verdadera libertad de disposición normativa que dé sentido a la elaboración por las Corporaciones Locales de sus propios Reglamentos de Personal⁴². Reafirmando esta conclusión Lliset Borrell y Grau Ávila, han afirmado que

“Los reglamentos locales sobre la función pública ocupan, no sólo el último escalón normativo, sino que encuentran extraordinariamente menguado su contenido. Podría decirse que lo que el poder reglamentario local pierde en singularidades locales sobre la función pública lo gana en materia organizativa, manifestación sobresaliente de la autonomía local y condicionante en la práctica de no pocos aspectos funcionariales”⁴³.

⁴⁰ Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G. “La potestad local de autoorganización...” p. 745, BAYONA I ROCAMORA, A. “La organización territorial de Cataluña...” p. 13 o ARRONIZ, A. “La organización comarcal...” p. 149.

⁴¹ SÁNCHEZ GOYANES, E. “La potestad...” op. cit., p. 151.

⁴² Ibidem pp. 182 a 184.

⁴³ LLISSET BORRELL, F. y GRAU ÁVILA, S. op. cit., p. 178.

A.3. Normas supletorias

Por último, debemos de tener en cuenta que, al margen de acertadas o erradas interpretaciones constitucionales sobre la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3⁴⁴, en las que no viene al caso entrar en estos momentos, lo cierto es que en el momento presente y para el caso de que las Comunidades Autónomas y las entidades locales no ejerzan las potestades normativas que les corresponden, las diversas normas estatales no básicas incidentes sobre esta materia, tanto las relativas al régimen local como las relativas a la función pública, van a ser aplicables con carácter supletorio.

B. En concreto: normativa aplicable en relación a la composición de los órganos de selección de los funcionarios públicos locales

Siguiendo el esquema a que hemos hecho referencia en el apartado anterior, estamos en disposición de describir cuales son las normas que han de regir la composición de los órganos de selección de los funcionarios públicos locales para, a partir de ellas, hacer una análisis detallado de su contenido a la luz de los principios que hemos enunciado en el epígrafe primero.

Puede resultar sorprendente, hasta cierto punto, constatar como el legislador estatal no ha entendido que el establecimiento de un *mínimum normativo* que garantice el cumplimiento de los principios de imparcialidad y especialidad en la conformación de los órganos de selección forma parte del concepto de bases del régimen jurídico de los funcionarios públicos. Así, frente a la consideración de que los procedimientos de selección (art. 19.1 de la LMRFP) e incluso algunos aspectos accidentales de la formación y perfeccionamiento de los funcionarios (19.3) son elementos básicos de nuestro sistema de función pública, no va a ocurrir lo mismo con la conformación de los órganos de selección. Así, el hecho es que el único precepto en que se alude a los órganos de selección de los funcionarios públicos, el artículo 19.2, no tiene carácter básico, por lo que sólo será de aplicación supletoria. En el mismo se señala que

“El Gobierno regulará la composición y funcionamiento de los órganos de selección, garantizando la especialización de los integrantes de los órganos selectivos y la agilidad del proceso selectivo sin perjuicio de su objetividad. En ningún caso, y salvo las peculiaridades del personal docente e investigador, los órganos de selección podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo que se ha de seleccionar”.

⁴⁴ Como ha destacado MARTÍN REBOLLO, L. (*Leyes administrativas*, Aranzadi, 1997, pp. 125 a 127), la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal ha dado lugar a una doctrina del Tribunal Constitucional que ha ido evolucionando desde posiciones en las que se entendía implícitamente que había una competencia legislativa universal del Estado al amparo del artículo 149.3 (SSTC 7611983, de 5 de agosto o la 49/1984, de 5 de abril) a posiciones radicalmente opuestas según las cuales el Estado no puede dictar normas al amparo del artículo 149.3 con el fin de que las mismas sean supletorias, pues la cláusula de supletoriedad no es una cláusula atributiva de competencias (SSTC 118/1996, de 27 de junio y 61/1997, de 20 de marzo). Ahora bien, y en lo que a nosotros interesa, esta doctrina no ha implicado, por el momento, la declaración de inconstitucionalidad de ninguna de las normas que el Estado ha dictado con el carácter de supletorias en materia de función pública. No cabe duda, sin embargo, de que dicha doctrina, caso de mantenerse, puede tener importantes implicaciones ad futurum en esta materia, por el peso específico que en ella tienen las normas estatales aplicables supletoriamente.

La razón de esta, en mi opinión, exagerada autorrestricción normativa, al no considerar básico un precepto de esta naturaleza, podría encontrarse en una errónea interpretación de la jurisprudencia constitucional. Así, el TC en la Sentencia 87/1983, de 27 de octubre, al analizar las reglas que sobre composición de las Comisiones de Selección establecía el viejo RD 712/1982, de 2 de abril, sobre procedimiento de ingreso en la función pública local, afirmaba lo siguiente

“Que el artículo 103 de la CE es aplicable a todas las Administraciones Públicas es algo que no puede ponerse en cuestión, más de ello no puede colegirse –pues no es ésta la misión del precepto– que sus exigencias (o las de los otros preceptos) comportan un determinado esquema uniforme de las Comisiones seleccionadoras o un determinado sistema de publicación. Será preciso que el régimen de tales Comisiones garantice la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre, sin ceder a consideraciones externas, y que su nivel de preparación técnica sea lo suficiente para realizar la función seleccionadora y con la adecuada presencia local; mas dentro de estas coordenadas cabe mas de una respuesta a la hora de reglamentar la composición de las Comisiones, a las que se encomienda un papel principal en el procedimiento de ingreso en la Función Pública”.

Así pues, en el caso de las bases estatales, éstas deberán limitarse a fijar y garantizar, sólo a nivel de principios y de forma general, los principios generales a que nos hemos referido anteriormente, sin poder entrar, por ende, en la concreta configuración de los órganos de selección. Lo curioso es que, como hemos visto el artículo 19.2 LMRFP se limita únicamente a señalar principios generales, y a pesar de ello no va a tener carácter básico. Con todo, esto no significa que los órganos de selección no tengan que cumplir, con carácter general, los principios enunciados, pues como hemos visto en el apartado primero, estos son de naturaleza constitucional y por tanto de aplicación general. Más coherente, si cabe, es la propuesta del Anteproyecto de Estatuto Básico de la Función Pública, que no duda en calificar como básico su artículo 16.2 en el cual, de forma parecida al actual art. 19.2, esto es, garantizando a nivel de principios la imparcialidad y especialidad del órgano de selección, se establece que

“Las Administraciones Públicas regularán la composición y funcionamiento de los órganos de selección, que serán de naturaleza colegiada, garantizando la objetividad en su actuación y la idoneidad de sus integrantes. Les será de aplicación lo dispuesto en la normativa vigente sobre órganos colegiados y sobre abstención y recusación.

Las convocatorias podrán prever la designación de expertos que, en calidad de asesores del órgano de selección, actuarán con voz pero sin voto".

Ahora bien, en el caso de los funcionarios locales estas aseveraciones deben ser concretadas, no sólo por la entrada en juego, como ya dije, de otra norma básica, la LBRL, sino también por la existencia de una clara división, en cuanto a su régimen jurídico, entre funcionarios con habilitación de carácter nacional y funcionarios propios de las entidades locales, por lo que el análisis de la normativa aplicable en esta cuestión lo haremos partiendo de la misma.

⁴⁵ Así lo ha entendido el propio legislador que, tal y como vamos a ver, cuando fija reglas sobre la selección de los funcionarios públicos se refiere siempre a la composición y designación de los órganos de selección.

⁴⁶ El Instituto de Estudios de Administración Local se suprimió y fue refundido con el Instituto Nacional de Administración Pública por el RD 143711987, de 25 de noviembre, en un nuevo Organismo Autónomo con el nombre de "Instituto Nacional de Administración Pública INAP. Este Real Decreto, a su vez, ha sido derogado por el Real Decreto 160/1995, de 3 de febrero por el que se regula, en la actualidad, la estructura y funcionamiento del Instituto Nacional de Administración Pública. De acuerdo con el artículo 6.5 la propuesta y ejecución de los procesos de selección de los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional le va a corresponder, dentro de la estructura orgánica del INAP, a la Subdirección General de Formación en Administración Local.

⁴⁷ Este Real Decreto ha sido modificado de forma sustancial por el RD 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo de funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. No se hace mención en el texto al TRRL por cuanto en su artículo 158 se hace una remisión expresa al RD mencionado al señalar que "La obtención de la habilitación de carácter nacional se regirá por lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 711985, de 2 de abril, y normas reglamentarias que la desarrollen".

B.1. Normas aplicables a los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional

El carácter "nacional" de las escalas en que se agrupan estos funcionarios va a singularizar su régimen jurídico respecto del resto de funcionarios autonómicos y locales y muy singularmente el sistema de acceso a las mismas, pues se trata de unos funcionarios con una naturaleza jurídica que podríamos calificar de "mixta", entre local y estatal.

La necesidad de garantizar el "carácter nacional" de estos funcionarios unido a la calificación como básica de su propia existencia va a llevar a que la LBRL reserve en exclusiva al Estado la selección de dichos funcionarios, selección que, entendida como concepto general, supone no sólo la ejecución del procedimiento selectivo sino también la fijación de las reglas materiales que deben regirlo y singularmente la composición de los tribunales que han de juzgar las pruebas⁴⁵. En este sentido el artículo 98 de la LBRL establece en su apartado 1 que

"La selección, formación y habilitación de los funcionarios a que se refiere el número 3 del artículo 92 corresponde al *Instituto de Estudios de Administración Local* (hoy INAP), conforme a las bases y programas aprobados reglamentariamente"⁴⁶.

Por su parte el apartado 2 de este mismo posibilita la descentralización de las pruebas selectivas en los siguientes términos

"Podrán descentralizarse territorialmente la realización de las pruebas de selección para el acceso a los cursos de formación en relación con las Corporaciones de determinado nivel de población, en los términos que establezca la Administración del Estado".

En desarrollo de estas previsiones se ha dictado el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se establece el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional⁴⁷.

Para una comprensión adecuada de las reglas que se deben de aplicar para el acceso a las diversas escalas en que se integran los funcionarios con habilitación de carácter nacional es preciso, primeramente, conocer cuales son éstas. De acuerdo con el artículo 20 la habilitación de carácter nacional se estructura como una Escala singularizada subdividida en diversas subescalas, subdivididas, a su vez, en diferentes categorías, de acuerdo con el siguiente cuadro:

Subescalas	Categorías
Secretaría	Entrada o Superior
Intervención-Tesorería	Entrada o Superior
Secretaría-Intervención	No hay

El RD 1174/1987 distingue el acceso a las subescalas de Secretaría, categoría de entrada, Intervención-Tesorería, categoría de entrada y Secretaría-Intervención del acceso a la categoría superior en las subescalas de Secretaría e Intervención-Tesorería:

■ En el primer caso, esto es en la subescala de Secretaría-Intervención, Secretaría e Intervención-Tesorería, categoría de entrada, el ingreso se llevará a cabo mediante el siguiente sistema: (1) en primer lugar, la superación de unas pruebas selectivas que se realizarán mediante los procedimientos de oposición o concurso-oposición conforme a las bases y programas aprobados por el MAP. Estas pruebas, que deberá realizar el INAP, podrán, como ya dijimos ser descentralizadas territorialmente; (2) en segundo lugar, quienes superen las pruebas selectivas serán nombrados funcionarios en prácticas y pasarán a realizar un Curso de formación en el INAP o en el Instituto o Escuela de funcionarios de las Comunidades Autónomas, que así lo hayan convenido. La superación del curso de formación supondrá el ingreso en la subescala correspondiente (art. 21 RD 1174/1987).

■ En el segundo caso, esto es en las subescalas de Secretaría o Intervención-Tesorería, categoría superior, el ingreso, al que sólo podrán acceder los funcionarios con habilitación de carácter nacional que posean la categoría de entrada, se llevará a cabo, de acuerdo con el artículo 24 del RD 1174/1987, mediante los siguientes procedimientos: a) la superación de unas pruebas de aptitud en el INAP, previa convocatoria pública, la mitad de las plazas a proveer b) por concurso de méritos el resto de las plazas.

A pesar de la regulación, ciertamente minuciosa, que recoge el RD a que me estoy refiriendo, lo cierto es que nada se dice en él sobre cuales hayan de ser las reglas a aplicar a los órganos encargados de la selección de dichos funcionarios. Sólo una cuestión parece quedar clara, que es el Estado, a través del INAP, la

Administración encargada de la selección, y que dicha responsabilidad en la selección, puede ser descentralizada en el supuesto de ingreso en las subescalas de entrada.

Avanzando un paso más en el tortuoso camino de intentar precisar cuales son las normas aplicables a esta cuestión, nos encontramos con dos Resoluciones que desarrollan, a su vez, las previsiones del Real Decreto 1174/1987 que acabamos de mencionar y en las que sí se precisa, si bien de forma ambigua, algo más sobre las normas a aplicar a los órganos de selección de estos procesos selectivos. Veamos cada una de ellas:

(1) Por Resolución de 2 de junio de 1993 se establecen las bases generales y los programas a que deberán ajustarse las convocatorias de pruebas selectiva para el acceso a las subescalas de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional categoría de entrada. En su base séptima se establece lo siguiente

“El INAP establecerá el número de Tribunales que han de juzgar las pruebas selectivas y sus miembros serán designados, en su caso, de conformidad con los convenios suscritos con las Comunidades Autónomas”.

Esta Resolución, sin resolver definitivamente la cuestión de cómo se deben de conformar los Tribunales, nos pone sobre su pista en tanto que parece, y digo parece pues los términos en que se expresa son ambiguos, que la designación se establecerá de acuerdo con lo que dispongan los convenios suscritos con las Comunidades Autónomas, sin establecerse regla alguna para el supuesto de ausencia de convenio. Podría deducirse, por tanto, que por la vía del convenio podrían establecerse reglas singulares relativas a la forma en que se han de integrar estos Tribunales, solución que, en mi opinión, no resulta del todo satisfactoria, en la medida en que nos encontramos, como vengo reiterando, ante funcionarios con una habilitación de carácter nacional, cuya selección no puede, en modo alguno, dejarse al albur de unos órganos cuya conformación se va a establecer de forma singularizada en cada Comunidad Autónoma. Una solución en este sentido chocaría abiertamente con toda lógica jurídica, pues no tendría sentido calificar de básica la materia, sustraer, por tanto esta competencia a las Comunidades Autónomas, para, de algún modo, devolvérsela por la curiosa vía de la firma de convenios singulares, convenios que, en algunos casos, carecen incluso de un valor normativo directo.

Por el contrario, entiendo que con la alusión a que los miembros de los Tribunales serán “designados” de conformidad con los convenios que se suscriban con las CCAA se apela, solamente,

a la designación formal de cada miembro del Tribunal y no a la fijación de las reglas que rigen tal designación. De acuerdo con esta interpretación, la designación de los miembros se vería acotada por las reglas generales que pueda haber fijado el Estado, y que, de conformidad con lo establecido por la base primera de la Resolución de 1993 serán las mismas que para los funcionarios estatales establece la LMRFP y el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de Trabajo (RGIPP)⁴⁸. De este modo, el ámbito de disponibilidad de las Comunidades Autónomas en esta materia se limita a la posibilidad de convenir la designación formal de los miembros de los Tribunales, de acuerdo con las reglas materiales que haya fijado el Estado.

(2) Por su parte, por Resolución de 13 de mayo de 1991 se han aprobado las bases generales a que deberán ajustarse las convocatorias de los procedimientos selectivos de acceso a la categoría superior de las subescalas de Secretaría e Intervención-Tesorería. En este caso, de acuerdo con lo dispuesto en la base quinta, tanto la designación de los miembros de los Tribunales como la determinación de su conformación van a corresponderle al *Presidente*⁴⁹ del INAP, sin que quepa posibilidad alguna de descentralización. Esta solución no parece tampoco muy correcta, y ello porque no resulta ajustado al principio de legalidad, el cual debe presidir toda actuación de la Administración Pública⁵⁰, que a través de actos administrativos generales, como

⁴⁸ La base primera a que he aludido establece que en todo lo no previsto por las bases de la Resolución será de aplicación el RD 2223/1984, de 19 de diciembre, por el que se aprobó el anterior RGIPP y que fue derogado por el mencionado en el texto.

⁴⁹ De acuerdo con el Real Decreto 16011 995, de 3 de febrero por el que se regula la estructura orgánica del INP, la figura del Presidente ya no existe por lo que esta facultad corresponderá, en su caso, al Director del INPA, sin perjuicio de las competencias que el Real Decreto 16011995 atribuye a la Subdirección General de Formación en Administración Local.

⁵⁰ En este sentido, resultan muy esclarecedoras las opiniones de GARCÍA DE ENTERRÍA E. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Curso de Derecho Administrativo, vol. I, 7ª ed., Civitas, 1996, p. 430) en el sentido de que toda actuación de la Administración pública debe estar sometida al Derecho, no existiendo para la Administración pública espacios francos o libres a la ley y al derecho. Para ellos "no hay en Derecho español ningún "espacio franco o libre de Ley" en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de "someterse a Derecho", han de ser "conformes" a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen "infracción del Ordenamiento jurídico" y les priva actual o potencialmente (distinción entre nulidad y anulabilidad), de validez. El Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola Libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción admi-

nistrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa... El principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima (en estos términos, por lo demás ya comunes, la Sentencia de 3 de enero de 1979: "el Derecho objetivo no solamente limita la actividad de la Administración, sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que en todo caso debe ajustarse").

son las convocatorias de pruebas selectivas⁵¹, se establezcan las reglas que deben presidir una cuestión tan importante para los procesos selectivos como es la de determinar la composición de los órganos de selección; sobre todo cuando, al igual que en el caso anterior, la propia Resolución prevé la aplicación supletoria del RGIPP y de la LMRFP para el caso de que exista alguna laguna⁵². Consecuentemente parece más ajustado a derecho que la tarea del Director del INAP se limite a concretar en el acto de designación y nombramiento del Tribunal las reglas generales que haya establecido el Estado a través de sus potestades normativas.

En conclusión, las reglas y principios que deben presidir la conformación de los Tribunales de selección de funcionarios locales con habilitación de carácter nacional son las establecidas por el Estado a través de las previsiones contenidas en la LMRFP y el RGIPP, sin perjuicio, eso sí, de que, bien sea a través de convenios suscritos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, bien sea a través de las sucesivas convocatorias de procedimientos selectivos, dichas reglas sean concretadas o precisadas en cada momento, en cuanto a quien haya de designar a cada miembro.

Por su parte la LALG se limite a establecer en su artículo 239 que

“A Escola Galega de Administración Pública ocuparase da selección e formación dos funcionarios con habilitación nacional nos termos do convenio que subscriba co Instituto Nacional de Administración Pública”.

Obviamente, y de acuerdo con lo establecido por la normativa básica estatal, hay que entender que por “selección” se está aludiendo a la realización de las operaciones materiales necesarias,

⁵¹ Al respecto ALEGRE AVILA, J.M. op. cit., p. 30 ha señalado que “es conocido que las convocatorias de oposiciones son el prototipo de acto administrativo general (artículo 46.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo) (cfr. sobre extremo L. MARTÍN-RETORTILLO. Actos administrativos generales y Reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones RAP, nº 40, 1963, pp. 225 y ss.) especie que, no obstante la presencia de una pluralidad indeterminada de destinatarios, participa del género común de los actos administrativos en la medida en que, de acuerdo con el básico criterio ordinalista, no se incorpora al ordenamiento jurídico”. Del mismo modo SÁNCHEZ MORÓN, M. (Derecho de la función... op. cit., p. 135) considera a las convocatorias como meros actos de trámite favorables y susceptibles de ser impugnados ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁵² La base primera de esta Resolución establece que la convocatoria de los procedimientos selectivos a que nos estamos refiriendo deberán ajustarse “a lo establecido en el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre; a las bases contenidas en esta Resolución y, supletoriamente, al Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre”, RD que ha sido derogado y sustituido, como ya dijimos, por el actual RGIPP.

puesto que como hemos visto la fijación de las reglas de fondo que hayan de regir dicha selección corresponde al Estado, el cual podrá, si así lo estima oportuno, delegar o descentralizar algunas de sus competencias, vía convenio, en los Institutos o Escuelas de funcionarios de las Comunidades Autónomas.

En el caso de Galicia, el Convenio de cooperación suscrito entre el Instituto Nacional de Administración Pública y la Escola Galega de Administración Pública el 27 de julio de 1988⁵³, partiendo del reconocimiento de que le corresponde en exclusiva al INAP la selección, formación y perfeccionamiento de los funcionarios con habilitación de carácter nacional y, al amparo de lo establecido por el artículo 98.2 de la LBRL, establece en su cláusula primera lo siguiente:

“En relación con el proceso de selección de personal que va a acceder a la escala de habilitación de carácter nacional, siempre que el número de candidatos así lo aconseje, corresponderá a la Escola Galega de Administración Pública la designación de los componentes de los tribunales que juzgaran sus pruebas selectivas. En dichos tribunales, con objeto de garantizar la indispensable homogeneización en la aplicación de los criterios clasificadores, al menos dos quintos de sus componentes serán nombrados por el Instituto Nacional de Administración Pública. En los tribunales que juzguen las pruebas no descentralizadas podrá estar representada la Escola Galega de Administración Pública en los términos que establezca el Instituto Nacional de Administración Pública con carácter general para los institutos y escuelas de funcionarios de las Comunidades Autónomas con las que suscribió convenio de colaboración”.

La posibilidad de que pueda ser la Escola Galega de Administración Pública, en el marco de las competencias en ella descentralizada, quien designe tres quintos de los miembros de los tribunales, no supone, en modo alguno, una alteración de las reglas que hayan de regir en la conformación de los mismos, que serán aquéllas que establezca el Estado, ni, por tanto, contradice la conclusión a que hemos llegado anteriormente.

Ahora bien, la atribución en exclusiva al Estado de la competencia para la selección de los funcionarios habilitados podría entenderse que supone la exclusión total de las entidades locales y casi total de las CCAA, con los matices que permite la descentralización. Sin embargo, entendiendo, en un sentido amplio, que el proceso selectivo de un funcionario no concluye hasta que éste pasa a ocupar un puesto de trabajo concreto, la participación tanto de las Comunidades Autónomas como de las Entidades locales queda garantizada. En opinión de Rivero Ysern

⁵³ Se trata de un Convenio marco y genérico, en el que junto a las previsiones relativas las cuestiones tratadas en este artículo se establecen otras cláusulas generales relativas a la colaboración institucional en la formación y selección del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Galicia y el del Estado, organización de jornadas y seminarios, utilización de locales, etc.

“El sistema de provisión de puestos de trabajo para estos funcionarios permite distinguir dos aspectos distintos: de un lado, la obtención de una habilitación uniforme, para acceder a los puestos de trabajo que a estos funcionarios se reservan. Esta función es asumida con carácter de exclusividad por el Estado. Con posterioridad a la obtención de esta habilitación, ser cada Comunidad Autónoma la que, mediante de méritos y completando unas normas básicas para estos concursos fijadas por el Estado, lleven a cabo la provisión de los puestos de trabajo. En esta fase de concreta provisión, intervienen las Entidades locales a quienes se permite agregar un baremo de méritos específicos, que no podrá superar, en ningún caso, el 2s por 100 de la puntuación máxima corresponde al baremo general”⁵⁴.

Esta reflexión podrá ser, paralelamente, aplicable al concepto de “selección”. Pues bien, sólo partiendo de este concepto amplio de selección, el principio de “naturaleza o impronta local” de los órganos de selección puede entenderse garantizado. Así, el artículo 21 del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, por el que se aprueba el régimen jurídico de la provisión de puestos de trabajo de la Administración local reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional establece en su apartado primero que

“El tribunal de valoración, de composición mayoritariamente técnica, será nombrado por la Corporación. Su Presidente lo será el de ésta o un miembro de la misma en quien delegue y estará compuesto por un número par de vocales, uno de los cuales será nombrado a propuesta de la Comunidad Autónoma, si ésta desea ejercitar tal facultad.

Uno de los vocales, al menos, tendrá la condición de habilitado de carácter nacional de igual o superior categoría que la del puesto convocado.

La composición del tribunal especificará el vocal que asumirá las funciones de Secretario”.

Con todo, la necesidad de centrar el objeto de este artículo en el análisis de los Tribunales o Comisiones de Selección que permiten el acceso a la condición de funcionario y no tanto el de las Comisiones o Tribunales encargados de enjuiciar los procedimientos de provisión de puestos, va a limitar el análisis de esta previsión.

B.2. Normas aplicables a los restantes funcionarios de las Corporaciones locales

En cuanto a los restantes funcionarios de las Corporaciones Locales, o “funcionarios propios” de las mismas, la LBRL va a adoptar, como no podía ser de otro modo, una solución diametralmente opuesta a la adoptada respecto de los funcionarios

⁵⁴ RIVERO YŞERN, J.L. Manual de Derecho Local. Civitas, Madrid, 1993, p. 291.

habilitados. Si en el caso de los funcionarios habilitados la responsabilidad y, por tanto, la competencia en materia de selección correspondía a la Administración del Estado a través del INAP, en el caso de los funcionarios propios dicha responsabilidad se le va a encomendar de forma directa a las propias Corporaciones implicadas, eso sí, dentro de las reglas que con el carácter de básicas fije el Estado. Así lo establece claramente el artículo 100 de la LBRL al señalar en sus apartados 1 y 2.a) que

“1. Es de competencia de cada Corporación local la selección de los funcionarios no comprendidos en el número 3 del artículo 92.

2. Corresponde, no obstante, a la Administración del Estado, establecer reglamentariamente:

a) Las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección y formación de tales funcionarios”.

Y así lo reitera el artículo 102.1, cuando establece que

“Las pruebas de selección y los concursos para la provisión de puestos de trabajo, a que se refiere el presente capítulo, se regirán por las bases que apruebe el Pleno de la Corporación”.

De acuerdo con estas previsiones, el Estado ha dictado el RD 896/1991, de 7 de junio que tiene como finalidad fijar las reglas básicas y los programas mínimos del procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local. En esta disposición, a diferencia de lo que ocurría en el caso de los funcionarios con habilitación, sí se van a prever algunas reglas sobre la conformación de los órganos de selección, si bien, conviene adelantar que no todas van a tener idéntica naturaleza. Por el contrario, la disposición final primera de este RD establece que sólo van a constituir normas básicas algunas de las disposiciones contenidas en el mismo, mientras que otras sólo serán de aplicación supletoria respecto de la legislación específica que dicten las Comunidades Autónomas en esta materia. Con ello el Real Decreto no hace más que recoger y concretar lo que en su día había establecido el Tribunal Constitucional a nivel de principio en su Sentencia 87/1983, así como la previsión que, con carácter general y dudosa naturaleza básica⁵⁵, establece el TRRL en su artículo 134.2, al referirse en los siguientes términos a la selección, en general, de los funcionarios locales

“Serán aplicables las normas de la presente Ley, y las que dicte el Estado en uso de las autorizaciones contenidas en los artículos 98.1 y 100.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril; en lo no previsto en ellas, la reglamentación que para el ingreso en la función pública establezca la respectiva Comunidad Autónoma, y supletoriamente, el Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciem-

⁵⁵ Ya hemos dicho que, de acuerdo con lo establecido por la STC 385/1993, de 23 de diciembre sólo tendrán naturaleza básica aquellos preceptos que según disponga la legislación estatal vigente deban tenerlo. Pues bien, este precepto parece entrar, tal y como veremos, en abierta contradicción con lo establecido por la propia LBRL, de ahí que dudemos de su naturaleza básica.

bre, (en la actualidad es el RD 364/1995, de 10 de marzo) por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado”.

Ahora bien, la atribución tanto por el TRRL como por su disposición final primera de naturaleza supletoria de la normativa que dicten las CCAA a gran parte de las reglas establecidas en el RD 896/1991, aún siendo coherente con la jurisprudencia constitucional, deja abierta una cuestión que puede provocar en el futuro notables conflictos, a saber: si al Estado corresponde fijar la normativa básica, y a las Comunidades Autónomas, según se desprende de forma implícita de la disposición final analizada, la normativa de desarrollo, ¿cual es el ámbito de actuación que corresponde a las Entidades Locales en esta materia?, o de otro modo, ¿pueden las Entidades locales fijar, dentro del respeto a las reglas básicas establecidas por el Estado, reglas singulares que contradigan las disposiciones de desarrollo que eventualmente dicten las Comunidades Autónomas?

La respuesta a estas interrogantes debe, en mi opinión, partir de una premisa básica, a la que ya nos hemos referido, y es que, de acuerdo con la LBRL (artículo 100), corresponde en exclusiva a cada Corporación Local la selección de su personal. No podemos olvidar tampoco que, tal y como apuntamos en el apartado II, el desarrollo normativo por parte de las CCAA de la normativa estatal tiene, en el ámbito de la función pública local, un claro límite en el respeto de las potestades autoorganizatorias ínsitas al concepto de autonomía local, y entre las que se encuentra la selección de una parte del personal que haya de prestar sus servicios en ellas y que por tanto vaya a integrar y dar vida a la propia organización administrativa local. Por último, la realidad pone de manifiesto como la diversidad de entidades locales existentes, diversidad que en el plano del personal alcanza un alto grado de intensidad (así podemos encontrarnos desde municipios incapaces, incluso, de sostener por sí solos a un secretario, hasta con municipios o Provincias con unos recursos humanos iguales o superiores al de algunas Comunidades Autónomas), hace aconsejable el que, en alguna medida, sean las propias entidades quienes controlen su propia política de personal de acuerdo con sus singulares circunstancias.

Fijadas estas coordenadas, es, sorprendentemente, el propio RD 861/1991 el que en su Exposición de motivos apunta la solución a las interrogantes planteadas. En él se afirma que

“La diversidad de Entes locales, su peculiar organización y la incidencia que la selección de los funcionarios tiene en la movilidad de los mismos, hace necesario un marco común lo su-

ficientemente flexible para adecuar las bases concretas de selección de los funcionarios locales a su realidad específica; sin perjuicio de que por aquéllas se arbitren las medidas apropiadas para la participación de los representantes sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos. En este contexto de flexibilidad, las Comunidades Autónomas podrán adicionar a los contenidos mínimos fijados en este Real Decreto el conocimiento de su lengua propia, según lo previsto en su legislación de normalización lingüística”.

Fijación de un marco flexible y mínimo con el fin de garantizar el respeto a la autonomía y diversidad de los entes locales parece ser, pues, el fin que guía esta norma, y no tanto la garantía de diversidad de las CCAA a las que en la exposición de motivos se les reserva un papel secundario circunscrito a la posibilidad de “adicionar a los contenidos mínimos fijados en este Real Decreto el conocimiento de su lengua propia, según lo previsto en su legislación de normalización lingüística”.

Esta interpretación del sentido último de esta norma es, en mi opinión, la que resulta más ajustada a la previsión de la LBRL de que hayan de ser las propias Corporaciones implicadas las que seleccionen su personal respetando “no obstante”, como dice expresamente el artículo 100, las reglas básicas y programas mínimos que fije el Estado reglamentariamente. La no alusión, en ningún momento, a la posible normativa que las CCAA puedan dictar, así como el carácter excepcional de la intervención estatal, conducen claramente a la conclusión apuntada. Además, si otra cosa se hubiese querido prever creo que se podría haber dicho bien expresamente, tal y como ocurre, por ejemplo, respecto de la estructura orgánica de las entidades locales, supuesto en el que aún reconociéndose la competencia de los municipios para el establecimiento y regulación de los órganos complementarios del mismo no se duda en reconocer, asimismo, la competencia del legislador autonómico para establecer también una organización municipal complementaria a la de la LBRL⁵⁶, o bien tácitamente, como ocurre en relación a las reglas para la provisión de puestos de trabajo que serán, según el artículo 101 LBRL “las normas que regulen estos procedimientos en todas las Administraciones públicas”, con lo que se está dando entrada también al legislador autonómico.

Esto no significa, obviamente, conculcar las posibilidades de desarrollo normativo de las Comunidades Autónomas en materia de personal al servicio de las entidades locales, sino reservar un concreto espacio, el relativo a la selección, a la libre disponibilidad de las entidades locales, dentro eso sí, del marco básico que fija el Estado.

⁵⁶ En efecto, el artículo 20.1 de la LBRL tras reconocer como órganos necesarios del municipio al Alcalde, los Tenientes de Alcalde, el Pleno y en algunos casos la Comisión de Gobierno, establece en su apartado c) que “El resto de los órganos, complementarios de los anteriores, se establece y regula por los propios Municipios en sus Reglamentos orgánicos, mientras que en su apartado 2 se dice que sin perjuicio de lo dispuesto en la regla c) del número anterior, las leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local podrán establecer una organización municipal complementaria de la prevista en este texto legal, que regirá en cada Municipio”.

Así parece haberlo entendido el legislador autonómico gallego, el cual se ha limitado a establecer en el artículo 233.4 de la LALG que

“A selección efectuarase de conformidade coas regras básicas, cos programas mínimos e coa titulación contida na normativa básica do Estado. O Pleno da Corporación local aprobará as bases.

Os procedementos de selección cuidarán especialmente a conexión entre o tipo de probas que hai que superar e a adecuación ós postos de traballo que se vaian desempeñar, incluíndo, para tal efecto, as probas prácticas que cumbran”.

Con todo, y a pesar de estas previsións, entiendo que las Comunidades Autónomas también van a poder intervenir en la selección de los funcionarios locales:

1) En primer lugar, dictando normas que puedan incidir sectorialmente en esta materia y cuyo fin es el de garantizar competencias reconocidas constitucional y estatutariamente como propias de las CCAA. En efecto, la necesidad de garantizar el desarrollo de ciertas competencias autonómicas de naturaleza sectorial, va a suponer el que en su desarrollo las leyes autonómicas establezcan previsións en relación a la selección del personal de las Corporaciones locales. Estas previsións, sin embargo, no pueden suponer un desapoderamiento total de la competencia local en la materia, sino una simple modulación o precisión de la misma condicionada o determinada por el necesario respeto de principios públicos tan respetables como el propio principio de autonomía local y que podría, en algunos casos, condicionar tanto los contenidos de los programas exigidos a los candidatos como la designación de alguno de los miembros de los Tribunales, con el fin de garantizar, normalmente, una especial cualificación de los candidatos seleccionados que garantice, a su vez, una correcta ejecución y desarrollo, en el plano local, de las competencias autonómicas.

Incluso el propio RD prevé esta posibilidad al contemplar en su Exposición de motivos la posibilidad de que las Comunidades Autónomas adicione los contenidos mínimos que fije el Estado “el conocimiento de la lengua propia”⁵⁷.

Ejemplos más claros de esta “penetración” competencial sectorial en las competencias autoorganizativas locales los ofrecen materias tales como la de policía local o la de archivos. Así, la Ley 3/1992, de 23 de marzo, de Coordinación de policías locales de Galicia, de acuerdo con las competencias transferidas a la Comunidad Autónoma de Galicia por la LO 2/1986, de Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado, establece en su artículo 21 que

⁵⁷ En Galicia esta posibilidad no ha sido, sin embargo, desarrollada hasta este momento a pesar de que tanto la Ley 5/1988, del uso del gallego como lengua oficial por las entidades locales como la Ley de Administración Local de Galicia amparan de algún modo dicha posibilidad. Así tanto la primera (art. 2.1) como la segunda (art. 7.3) establecen que “A Xunta de Galicia impulsará o proceso de incorporación da lingua galega na Administración local, especialmente a través de programas de formación de funcionarios das entidades locais”, previsión concretada por la Ley 5/1988 al prever en su artículo 2.2 que “sen prexuízo do anterior, a Xunta de Galicia adoptará as medidas oportunas para que nos concursos de acceso de funcionarios á Administración local se garante o coñecemento da lingua galega”.

“1. La convocatoria de las pruebas de ingreso y de acceso a las diferentes escalas de los cuerpos de Policía será realizada por los ayuntamientos, previa oferta de empleo público para cubrir las vacantes.

2. Las bases de convocatoria se ajustaran a los requisitos de ingreso y de acceso y a los criterios de selección que se fijan en la legislación básica del Estado, en esta ley y en la normativa que la desarrolle en el marco de aquellas.

3. Formará parte de los tribunales calificadoros de las pruebas selectivas para el ingreso o acceso a las distintas escalas un vocal designado por la Consellería de Presidencia y Administración Pública”.

Del mismo modo el Decreto 307/1989, de 23 de noviembre por el que se regula el sistema de archivos de Galicia⁵⁸, con el fin de garantizar la coordinación de la Administración autonómica en el funcionamiento de la red de archivos de Galicia, va a posibilitar la intervención de la Administración autonómica en el desarrollo de los procesos de selección del personal que debe prestar sus servicios en estos órganos⁵⁹. Así partiendo de que todos los archivos integrados en el sistema de archivos de Galicia deberán contar con personal técnico especializado, con el nivel que exijan las diversas funciones, el artículo 28.3 del Decreto establece que

“Las instituciones de las que dependan los archivos integrados en el sistema de archivos de Galicia deberá remitir, a la Consellería de Cultura y Deportes, las bases que regirán el proceso de selección del personal técnico destinado en éstos, para su pertinente aprobación. En la comisión encargada de resolver dicha selección figurará necesariamente un técnico en la materia nombrado por la Dirección General del Patrimonio Histórico y Documental en dicha Consellería”.

2) En segundo lugar, dictando normas que complementen las normas básicas que haya dictado el Estado en esta materia y que tendrán carácter supletorio respecto de las previsiones que puedan establecer, en el ejercicio de su competencia, las propias Corporaciones locales. Se trataría, por tanto, de normas dictadas con el único fin de suplir la inactividad normativa de

⁵⁸ Este Decreto fue dictado en desarrollo del artículo 27.18 del Estatuto de Autonomía de Galicia que reconoce la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de archivos, bibliotecas y museos de interés para la Comunidad Autónoma, y que no sean de titularidad estatal.

⁵⁹ Según el artículo 16 del mencionado Decreto “El sistema de archivos de Galicia se configura como un conjunto de órganos, centros y servicios encargados de la protección y la custodia de los archivos y de los documentos objeto de este Decreto, organizados de acuerdo con éste y con las normas que lo desarrollan”.

las entidades locales en esta materia y que tendrán una aplicación preferente frente a las normas que con el mismo carácter pueda haber dictado el Estado. Esta competencia normativa no ha alcanzado, como hemos dicho, un desarrollo pleno y efectivo hasta el momento en la mayoría de las Comunidades Autónomas⁶⁰, de lo que no es una excepción el caso de Galicia, en donde no se ha dictado ninguna norma al respecto.

La solución aquí propuesta podría ser cuestionada, sin embargo, a la luz de lo dispuesto por el propio TC en la Sentencia 8711/1983 en la que se considera a las normas autonómicas como

⁶⁰ En opinión de MAURI MAJOS, J. ("Función pública local", en Anuario del Gobierno *¿oca?*, Marcial Pons, 1996, p. 339.) la causa de esta autorrestricción normativa se encuentra en que "en este momento normativo las Comunidades Autónomas están adaptando su legislación sobre función pública a las reformas producidas en la legislación básica estatal, sin que hayan completado ano el correspondiente desarrollo reglamentario, con lo que la normativa autonómica que habrá que utilizar por defecto para integrar el procedimiento de selección de los funcionarios locales, no podría ser coherente con las normas básicas estatales". De hecho, la única Comunidad que desarrolló de forma efectiva esta competencia es la Catalana. La Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña ha previsto en su artículo 299 algunas reglas que han de regir la designación y composición de los tribunales u órganos de selección de los funcionarios de las entidades locales, previsiones que han sido desarrolladas por el artículo 72 del Decreto 214/1990, de 30 de julio (modificado por el Decreto 8/1991, de 7 de enero), por el que se ha aprobado el Reglamento de Personal al Servicio de las Entidades Locales. De acuerdo con este artículo "1. Los tribunales estarán compuestos por un mínimo de tres titulares y tres suplentes, que serán designados por la corporación de acuerdo con las siguientes normas: a) un tercio integrado por los miembros o funcionarios de la misma Corporación; b) otro tercio integrado por personal técnico, que podrá ser o no personal de la propia entidad local; c) otro tercio integrado por representantes de la Estola d'Administració Publica de Catalunya, a propuesta de la misma Estola. 2. En los tribunales o órganos similares se garantizará la presencia de funcionarios, pero en ningún caso tendrán que estar constituidos mayoritariamente por miembros en activo del mismo cuerpo o la misma escala para los que se tiene que hacer la selección. El personal técnico y el funcionario tendrán la idoneidad necesaria en relación con el tipo de plazas a proveer. 3. El presidente de la Corporación, o un miembro en quien esta delegue, presidirá los tribunales u órganos similares. 4. El nombramiento del tribunal o de un órgano similar corresponderá al órgano de la entidad local competente para el nombramiento de los funcionarios de que se trate. 5. Los vocales serán designados en la convocatoria y tendrán que tener una titulación igual o superior a la exigida para el acceso a las plazas objeto de convocatoria. De acuerdo con lo que se establezca en las bases, la secretaria del tribunal podrá recaer en uno de sus miembros". Se trata, como se puede observar, de una regulación bastante detallada, algo más garantista respecto al principio de especialidad que lo que son las normas estatales, aunque no superadora de la mayoría de los problemas que ésta plantea. Ahora bien, esta regulación escapa, en mi opinión, de los límites que la normativa básica estatal impone en esta materia a la normativa autonómica. Así, la ley 8/1987 parte erradamente de la convicción de que las reglas fijadas por ella y por el Decreto que acabamos de ver, van a ser de aplicación preferente y excluyente respecto de las normas que puedan dictar las Corporaciones locales, las cuales, en todo caso, se han de ajustar a ellas, tal y como prescribe el apartado 1 del artículo 299 que establece que "los miembros de los tribunales y órganos similares serán designados por la corporación de acuerdo con las siguientes normas...".

las normas encargadas, en primera instancia, de completar las previsiones básicas estatales. Frente a este argumento, debemos tener en cuenta el hecho de que esta Sentencia es anterior a la LBRL, por lo que en ella no se está cuestionando el sentido de lo dispuesto por esta ley. Además, no se debe olvidar que el concepto de "lo básico" es un concepto cambiante y modulable en función de las circunstancias económicas, jurídicas o sociales de cada momento, y que, en última instancia, le corresponde fijar unilateralmente al Estado. A este respecto García de Enterría y Fernández Rodríguez han destacado como

"se reserva de manera expresa al legislador estatal la calificación de lo que, en cada momento, pueda entenderse de interés general a los efectos de su inclusión en una regulación básica, calificación que puede ser perfectamente variable, e incluso opuesta, si atendemos tanto a las distintas coyunturas, como, especialmente, a la diversidad de opciones políticas que garantiza el "valor superior" del pluralismo político proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución".

En conclusión, la regulación de la composición de los órganos encargados de la selección de los funcionarios propios de las Corporaciones locales va a corresponder en primera instancia al Estado a través del dictado de normas básicas, siendo las propias Corporaciones locales quienes deben dar desarrollo, en el respeto a estos límites así como a los límites que la legislación sectorial autonómica pueda haber establecido, a estas previsiones básicas⁶¹. Sin embargo, tal y como adelanté, la existencia de Reglamentos de Personal en las Corporaciones locales es una verdadera excepción por el escaso relieve que, en general, tienen las facultades normadoras locales en materia de personal⁶². De este modo, las Corporaciones locales tendrán que echar mano para regular los procesos de selección de su personal de la normativa de aplicación supletoria que, excepto algunas excepciones, como la Catalana, será la establecida por el Estado en el RD 896/1991, de 7 de junio, en sus aspectos no básicos.

3. Análisis de la composición de los órganos de selección

De acuerdo con las conclusiones a que hemos llegado en el apartado anterior corresponde ahora analizar las reglas que rigen la composición de los Tribunales u órganos de selección de los funcionarios locales, tomando como parámetro para enjuiciar su corrección, los principios generales a que me he referido en el apartado II.

⁶¹ De algún modo, esta misma conclusión es compartida por el propio Tribunal Supremo el cual ha admitido en su Sentencia de 7 de diciembre de 1993 (F.J. 4) que el proceso de selección se rige por la normativa local, si bien con carácter supletorio, señalaba como norma de aplicación la normativa Estatal, pues así lo indicaba el propio RD 2223/1984, de 19 de diciembre, mientras que, como hemos visto, el actual RD 896/1991, que ha venido a sustituir al anterior, coloca en primer lugar a la normativa estatal. Ahora bien, lo que si esta claro es que tanto para el TS como para mi la normativa local va a tener un carácter preferente, dentro del respeto de las bases estatales, frente a la normativa estatal o autonómica que tienen un carácter supletorio. En el mismo sentido vid. PÉREZ GÓMEZ, J. M. Introducción al régimen Jurídico de los funcionarios de las administraciones públicas, Comares, Granada, 1997, p. 329.

⁶² Para SÁNCHEZ GOYANES, E. "La potestad normativa..." op. cit., p. ..., este tipo de Reglamentos son prácticamente insólitos en el panorama actual del Derecho autónomo local. "En los últimos tiempos (1995-1996) afirma este autor), llaman la atención el Reglamento de Régimen Interno del Personal Funcionarios de Arahal (Sevilla) o el de Bollulos del Condado o el de Fuente Obejuna, frente a una practica administrativa decidida por el enfoque convencional o paccionado de la regulación correspondiente...".

A. Reglas que rigen la composición de los tribunales de selección de los funcionarios con habilitación de carácter nacional

Con carácter general, va a corresponder al Estado la fijación de las reglas a que se ha de ajustar la composición de los órganos de selección de los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional. A1 no haber sido desarrolladas directa y singularmente las competencias normativas estatales, habrá que aplicar supletoriamente las normas que sobre esta cuestión haya dictado el Estado, a saber: la LMRFP y el RGIPP.

El apartado 2 del artículo 19 de la LMRFP se va a limitar, como ya dijimos, a recoger a nivel de principio las garantías mínimas que debe cumplir todo órgano de selección que actúe en el ámbito estatal:

“El Gobierno regulará la composición y funcionamiento de los órganos de selección, garantizando la especialización de los integrantes de los órganos selectivos y la agilidad del proceso selectivo sin perjuicio de su objetividad. En ningún caso, y salvo las peculiaridades del personal docente e investigador, los órganos de selección no podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo que se ha de seleccionar”.

En este artículo no se hace más que reiterar lo que habíamos dicho en un principio respecto a la necesidad de compatibilizar principios contrapuestos, así, los objetivos a perseguir por el Gobierno en esta cuestión deben ser la constitución de unos órganos de selección lo más imparciales y cualificados posibles, sin que ello sea un verdadero obstáculo para una actuación ágil y eficaz. de los mismos. La necesidad de evitar la endogamia corporativa, tan frecuente en otros momentos y en ciertos sectores, completa, proscribiendo que estos órganos puedan estar integrados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo cuerpo que se ha de seleccionar⁶³, precepto equilibrado, aunque incompleto, al no establecerse previsión alguna en relación al cumplimiento del principio de publicidad que, en mi opinión y dada su carácter de mínimos, debiera ser considerado como básico, tal y como hace el Anteproyecto de Estatuto Básico de la Función Pública.

Esta precepto va a ser desarrollado y completado por el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado (RGIPP), y que, al igual que

⁶³ La única excepción a esta regla es, como hemos visto, la del personal docente. Para SÁNCHEZ MORÓN M. (Derecho de la función... op. cit., p. 131) esta excepción “permite comprobar que el riesgo de prácticas endogámicas no es en absoluto teórico, máxime si se tiene en cuenta que cada Universidad puede nombrar directa y libremente (entre profesores de la especialidad) dos de los cinco miembros de la comisión que juzga los concursos de acceso a los cuerpos docentes y que, tratándose de concursos de mérito para acceder a otras plazas dentro del mismo cuerpo, puede nombrar a los cinco miembros de la comisión (arts. 35 y 39 de la Ley de Reforma Universitaria). Solución ésta –continúa diciendo–, por cierto, incomprensiblemente avalada por la STC 2611/87, de 27 de febrero, que pretende amparar la solución en el principio de autonomía universitaria, cuando lo cierto es que el enorme poder que se otorga a las Universidades para decidir la composición (o parte) de las comisiones nada tiene que ver con la garantía de la libertad de la ciencia y de la enseñanza a cuyo servicio se halla dicha autonomía, según la propia Sentencia”.

ocurre con lo establecido por la LMRFP, va a tener carácter supletorio respecto de los funcionarios de las distintas Administraciones públicas⁶⁴.

El RGIPP dedica el Capítulo III a la regulación de los órganos de selección, partiendo para ello de la distinción entre dos clases de órganos: las Comisiones Permanentes de Selección y los Tribunales (art. 100). Los Tribunales serán nombrados en cada orden de convocatoria para cada proceso selectivo, mientras que a las Comisiones Permanentes de Selección, constituidas de forma similar a los Tribunales, si bien con algún que otro matiz diferenciador, se les encomienda el desarrollo y la calificación de las pruebas selectivas para el acceso a aquellos Cuerpos y Escalas en los que el elevado número de aspirantes y el nivel de titulación o especialización exigidos así lo aconseje, lo que hasta el momento no se estimó oportuno en las Escalas a que nos estamos refiriendo⁶⁵.

Ambos órganos se van a constituir, siguiendo las previsiones de la LMRFP, de acuerdo con los principios de imparcialidad y objetividad.

Así, para garantizar su **imparcialidad** se establecen las siguientes reglas:

a) Los órganos de selección deben estar formados por un número impar de miembros que, en el caso de los Tribunales, no podrá ser inferior a cinco.

b) Los miembros de estos órganos serán funcionarios de carrera, con lo que se viene a evitar que puedan formar parte de los tribunales y comisiones representantes políticos o sindicales por el simple hecho de serlo, es decir, sin mayor cualificación

⁶⁴ Según su artículo 1.3 "Este Reglamento tendrá carácter supletorio para todos los funcionarios civiles al servicio de la Administración del Estado no incluidos en su ámbito de aplicación y los de las restantes Administraciones Públicas."

⁶⁵ Por Orden de 4 de marzo de 1987, modificada por la de 17 de abril de 1989, ha sido creada la Comisión Permanente de Selección, esta Orden ha sido derogada por la Orden de 27 de diciembre de 1995, que regula en la actualidad dicha Comisión.. Esta Comisión ha sido creada como órgano encargado de los procesos selectivos para el ingreso en los Cuerpos de Gestión de la Administración Civil del Estado, de Gestión de Sistemas e Informática de la Administración del Estado, General Administrativo de la Administración del Estado Técnicos Auxiliares de Informática de la administración del Estado y General Auxiliar Administrativo de la Administración del Estado. Igualmente se le podrán encomendar, previo acuerdo con el correspondiente Departamento u Organismo, la selección del personal de otros Cuerpos y Escalas, siempre que el contenido de las pruebas y los programas, tengan características similares a las de los Cuerpos mencionados (artículo primero). De acuerdo con estas previsiones, dicha Comisión no va a intervenir en la Selección de los funcionarios locales con habilitación con carácter Nacional, por lo que no procede ahora profundizar más en su composición y funciones.

que la de su naturaleza representativa, lo que supondría la introducción en éstos de consideraciones valorativas alejadas de la pura objetividad técnica y más próximas al debate y el posicionamiento político o sindical

c) No podrán formar parte de los órganos de selección aquellos funcionarios que hubiesen realizado tareas de preparación de aspirantes a pruebas selectivas en los cinco años anteriores a la publicación de aquella convocatoria. Se entiende, aunque no se dice expresamente, que la preparación deberá de serlo de aspirantes a las pruebas selectivas en las que tiene prohibida su participación los funcionarios. Por tanto, no debería existir obstáculo alguno para que un funcionario que ejerza tareas de preparación de aspirantes a unas determinadas pruebas selectivas formase parte de un Tribunal en pruebas selectivas que nada tienen que ver con aquéllas⁶⁶.

d) Los miembros de los tribunales deben abstenerse y podrán ser recusados, de acuerdo, con los principios generales establecidos por el art. 28 de la Ley 30/1992, lo que supone una garantía de imparcialidad, cuando menos, igual a la que deben cumplir el resto de los órganos administrativos⁶⁷. De acuerdo con este artículo son causas de abstención, y por tanto también de recusación:

"a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado;

b) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.

c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior

d) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate;

e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar".

e) Los órganos de selección no podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo o Escala, eso sí, con las excepciones ya señaladas respecto de la función pública docente e investigadora.

⁶⁶ De hecho el artículo 19.b) de la Ley de Incompatibilidades 53/1984, de 26 de diciembre prevé como un supuesto exceptuado del régimen de incompatibilidades la preparación para el acceso a la Función Pública en los casos y formas que reglamentariamente se determinen.

⁶⁷ En cuanto al procedimiento que se ha de seguir para abstenerse el artículo 28 establece que la abstención puede venir determinada a instancias de órgano superior o a iniciativa del miembro del tribunal en que se dé alguna de las circunstancias del artículo 28. En cuanto a la recusación el artículo 29 de la LPAC establece el procedimiento a seguir, procedimiento en el que corresponde determinar si existe causa o no para ser recusado al superior jerárquico del Tribunal. En el caso de los Tribunales y Comisiones de Selección deberá entenderse, por analogía, por superior jerárquico a la autoridad que haya nombrado a su presidente, en la medida en que, de acuerdo con el artículo 114.1 LPAC, reiterado por el artículo 14.2 RGIPP, a efectos de recurso los Tribunales se consideran dependientes de la Autoridad que haya nombrado al Presidente.

f) Contra las resoluciones y actos de los órganos de selección y sus actos de trámite que impidan continuar el procedimiento o produzcan indefensión podrá interponerse recurso ordinario ante la autoridad que haya nombrado a su presidente (arts. 14.2 RGIPP y 114.1 LPAC). Con ello se viene a poner en manos de los interesados un medio de defensa frente a la posible arbitrariedad de las decisiones de estos órganos.

g) Los órganos encargados de la selección de los funcionarios serán distintos de los órganos encargados del nombramiento de los mismos, circunstancia ésta que en opinión de la doctrina supone "una de las principales garantías en cuanto a la objetividad del proceso de selección"⁶⁸. Esta separación va a venir determinada, en el caso del RGIPP, por el hecho de que se proscriba que formen parte de los órganos de selección los altos cargos que, con carácter general, son los encargados del nombramiento de los funcionarios públicos.

Por su parte, la especialidad va a ser garantizada con estas otras reglas:

a) La totalidad de los miembros de los órganos de selección tendrán un nivel de titulación igual o superior al exigido para el ingreso en el Cuerpo o Escala⁶⁹. Es esta una regla ya clásica en

⁶⁸ Vid. FÉREZ FERNÁNDEZ, M. "Reflexiones sobre la necesaria renovación del actual modelo de selección en las Administraciones Públicas", en *Jornadas sobre selección...* op. cit., p. 60.

⁶⁹ Los términos en que se pronuncia este artículo suscitan la duda de si dichos miembros deben ser también funcionarios pertenecientes al mismo grupo de clasificación del Cuerpo o Escala para cuyo acceso se efectúe el oportuno proceso selectivo. Esta cuestión tuvo respuesta en el Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 29 de mayo de 1989 sobre lo establecido en el artículo 11.2 del viejo RGIPP, que en lo relativo a esta cuestión establecía una previsión igual al vigente (Selección de Dictámenes, Madrid, 1990, pp. 303 y ss.). En el mismo se va a aceptar como correcta la composición de diversos Tribunales encargados de juzgar pruebas para el acceso a los Grupos C y B, en los que figuraban funcionarios del Grupo D que poseían la titulación exigida para el acceso a aquellos grupos, es decir, Diplomado universitario o Bachiller. La Dirección General llega a esta conclusión al entender que los requisitos exigidos en relación a la titulación "hacen exclusivamente referencia al nivel académico de que están en posesión los miembros del Tribunal, sin hacer alusión alguna al nivel académico que en su día les fue exigido para ingresar en el Cuerpo o Escala a que pertenecen, ni tampoco al Grupo en que esté clasificado dicho Cuerpo o Escala". Para el profesor Martín Rebollo, L. ("El personal al servicio de la Comunidad Autónoma", en *Derecho Político Aragonés. Estudios sobre el Derecho de la Comunidad Autónoma de Aragón*, dir. por Embid Irujo, Ibercaja, Zaragoza, 1990, pp. 463 y 464) esta conclusión no es sostenible. Para él "si la oposición se justifica, como decíamos, porque el sistema académico oficial no garantiza una preparación adecuada dirigida a la formación de funcionarios, no se comprende que pueda seleccionar a un funcionario de un determinado Grupo otro de un Grupo inferior al que nadie le exigió la verificación de los conocimientos que se supone son imprescindibles para acceder al Grupo superior". En segundo lugar, continúa el mismo autor "la mera posibilidad de

que un funcionario do Grupo E, pero licenciado universitario, pueda formar parte de un Tribunal para seleccionar a un funcionario del Grupo A y, sin embargo, el mismo no pueda optar a esto por el procedimiento de promoción interna, que es el acceso mediante pruebas al Grupo inmediatamente superior, resulta contradictorio". Asimismo "también sufre el principio de mérito y capacidad, que postula que quien juzga a otros haya sido previamente juzgado acerca de su idoneidad para hacerlo por haber superado los mismos o semejantes controles (esto es, por pertenecer al mismo Cuerpo o a cuerpos del mismo Grupo) que los que se van a exigir a los candidatos". Finalmente, Martín Rebollo plantea otra objeción y es que estos miembros de los Tribunales "podrían estar en ambos lados de la mesa de oposiciones, porque nada impediría que un funcionario del citado Grupo E se presentara al furo libre de las oposiciones al Grupo A, por reunir los requisitos de ser licenciado y pudiera también, incluso non habiendo superado la oposición, ser incluido en otra ocasión en el tribunal del mismo tipo de oposiciones". Cit., por Alegre Avila op. cit., nota 20.

nuestro derecho funcionarial. Su finalidad no es otra que la de garantizar, por la vía de la presunción, que todos los miembros de los Tribunales van a tener la capacitación técnica suficiente para poder valorar adecuadamente el mérito y la capacidad de los aspirantes a una plaza. Así lo ha entendido certeramente el Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 13 de junio de 1989 (FJ 2), formula las siguientes consideraciones:

“pues bien, para poder valorar el mérito y capacidad por los Tribunales de pruebas selectivas es absolutamente necesario que sus miembros posean unos conocimientos para la valoración de dichos méritos y capacidad” de los aspirantes, lo cual presuntivamente se infiere de que aquéllos posean una titulación de igual o superior nivel académico que la exigida para el ingreso de los aspirantes, ya que si los miembros del Tribunal carecen de dicha formación y capacidad mal podrán valorar la de los que son sometidos por el mismo a las pruebas selectivas...”.

b) En su composición se velará por el cumplimiento del principio de especialidad. Esta previsión se antoja, en mi opinión, demasiado vaga e imprecisa, pues en ningún caso se señala ni el número de miembros que han de cumplir dicho principio, ni en que consiste concretamente el cumplimiento del mismo⁷⁰. Con ello se va a producir, incluso, una notable e inexplicable merma de garantías respecto de la anterior regulación de 1984, en la cual se establecía que al menos la mitad más uno de los miembros del órgano de selección debía de tener una titulación correspondiente a la misma área de conocimientos que la requerida a los aspirantes para su ingreso (art. 11.2 RD 2223/1984 derogado por el actual RGIPP). Además, en este punto el RGIPP no hace más que reiterar lo que ya había establecido la LMRFP en su artículo 19.2, sin concretar ni un ápice dicha regla. Esto supone una verdadera autorrestricción del alcance de la norma reglamentaria que, en cuanto que norma de desarrollo que es, debiera haber concretado algo más la regla general.

c) Por último, los órganos de selección podrán disponer la incorporación a sus trabajos de asesores especialistas, para todas o algunas de las pruebas, de acuerdo con lo previsto en las correspondientes convocatorias. Estos asesores colaborarán con el órgano de selección exclusivamente en el ejercicio de sus especialidades técnicas. Con esta regla se pretende atenuar, de algún modo, las limitaciones que desde el punto de vista de la especialidad, y vista la regla anterior, va a tener el propio Tribunal. Estos asesores no van a formar parte del Tribunal, por lo que no tendrán voto en las decisiones que el mismo adopte, y esto a pesar de la gran trascendencia que pueden tener sus decisiones, sobre todo en los supuestos en que ninguno de los

⁷⁰ En el mismo sentido PALOMAR OLMEDA, A. op. cit., p. 318.

miembros del tribunal disponga de la pericia o conocimiento técnico necesario para cuestionar la opinión del asesor. En consecuencia entiendo que no estaría de más que el propio reglamento estableciese algunas reglas en orden a garantizar un efectivo control tanto de la elección de estos asesores como de las decisiones que los mismos adopten.

En conclusión, las previsiones contenidas en el RGIPP recogen un instrumentalario suficientemente garantista desde la perspectiva de la imparcialidad, si bien, notablemente limitado desde el punto de vista de la especialidad, por lo que se haría deseable, en mi opinión, una renovación normativa, en la línea de una mayor precisión de estos aspectos, tal y como hemos venido diciendo.

El principio de **publicidad** del Tribunal va a concretarse, de acuerdo con lo que establece supletoriamente el RGIPP⁷¹, a través de su inclusión en la correspondiente convocatoria de las pruebas selectivas. El artículo 16 apartado g) establece que las convocatorias deberán contener la designación del Tribunal calificador, salvo excepción justificada. Esta última salvedad no debe hacernos pensar, en ningún caso, en la posibilidad de la existencia de Tribunales secretos. Con esta excepción entiendo que se está haciendo alusión a dos posibilidades: (1) Primera, al supuesto de que un mismo Tribunal actúe como tal en más de un procedimiento selectivo, por lo que su nombramiento sólo sería necesario en el primero de los procedimientos y por tanto en la primera de las convocatorias, bastando en las siguientes con una mera referencia o indicación de la Orden de convocatoria en que figura dicho Tribunal (el art. 11 dice expresamente que "Los Tribunales serán nombrados, salvo excepción justificada, en *cada* orden de convocatoria..."); (2) la segunda posibilidad sería aquella en que por razones justificadas el Tribunal no pudiese ser nombrado en el momento de la convocatoria, realizándose su nombramiento en un momento posterior a esta si bien anterior a la celebración de las pruebas. En este caso, y al margen de que en la convocatoria se deberá justificar la causa que impidió la publicación, y por tanto el nombramiento, del Tribunal, una vez determinada la composición del mismo deberá ser publicada en el mismo medio en que lo fue la convocatoria.

En cuanto a cual haya de ser el medio a través del cual se deba dar publicidad a estos Tribunales, tanto la base segunda de la Resolución de 2 de junio de 1993, por la que se regulan las pruebas selectivas para el acceso a las subescalas de funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional,

⁷¹ Hacemos una alusión expresa al principio de supletoriedad en este punto en la medida en que tanto la Resolución de 2 de junio de 1993, por la que se regulan las pruebas selectivas para el acceso a las subescalas de funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, como la Resolución de 13 de mayo de 1991, por la que se establecen los procedimientos selectivos de acceso a la categoría superior de las subescalas de Secretaria e Intervención-Tesorería, de la Escala de Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, no prevén que en la convocatoria deba figurar el Tribunal que haya de juzgar dichos procedimientos, ni tan siquiera se establece medio alguno a través del que se pueda dar publicidad a dicha composición. Así pues dicha laguna deberá ser cubierta por lo establecido por el RGIPP.

como la base segunda de la Resolución de 13 de mayo de 1991, por la que se establecen los procedimientos selectivos de acceso a la categoría superior de las subescalas de Secretaría e Intervención-Tesorería, de la Escala de Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, establecen que las convocatorias de las pruebas selectivas para el acceso a las diferentes subescalas de funcionarios locales con habilitación de carácter nacional se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado". Con todo, y en la medida en que como ya vimos cabe la posibilidad de una celebración descentralizada de las pruebas selectivas, parece razonable que, o bien por la vía del Convenio⁷², o bien de acuerdo con lo establecido por la legislación autonómica correspondiente, se establezca como necesaria la publicación del anuncio de la convocatoria en el Diario Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma o en algún otro medio. Así ocurre en el caso de Galicia, en donde el artículo 233.3 de la LALG establece con carácter general y en relación a todos los funcionarios locales que

"Os anuncios de convocatorias de probos de acceso á función pública local e de concursos para prever postos de traballo publicaranse, ademais do disposto pola normativa básica do Estado, no Diario Oficial de Galicia".

Por último, y en cuanto a la **impronta o naturaleza local** de estos órganos de selección, debemos estar a lo ya comentado al tratar de la normativa aplicable a los mismos.

B. Reglas que rigen la composición de los tribunales o comisiones de selección de los funcionarios propios de las corporaciones locales

Concluía al tratar de las normas aplicables a los órganos de selección de los funcionarios propios de las Entidades locales que el dictado de aquéllas correspondía en primera instancia al Estado, al ser de su competencia la fijación de las reglas y programas mínimos en la materia; en segunda instancia a las propias entidades locales a través de sus reglamentos de personal que, en todo caso han de respetar las normas básicas del Estado y algunas normas sectoriales autonómicas; y, por último, a las respectivas Comunidades Autónomas encargadas de establecer para el caso de que las Entidades locales no lo hiciesen la regulación supletoria en esta materia. Decía también que de todos los implicados en esta cuestión tan sólo el Estado ha desarrollado satisfactoriamente su competencia, siendo así que ni la mayoría de las Entidades locales ni, en nuestro caso, la Comunidad Autónoma gallega han desarrollado sus respectivas competencias.

⁷² En Galicia el Convenio de cooperación entre el INAP y la EGAP a que hemos hecho referencia no contiene ninguna previsión en este sentido.

Por tanto, en el caso de Galicia habrá que estar, para conocer las normas que regulan la composición de los Tribunales, a lo establecido en la normativa estatal, que en este caso viene determinada por lo establecido en el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio por el que se aprueban las reglas básicas y los programas mínimos del procedimiento de selección de los funcionarios de Administración local.

Como acabo de decir no todas las reglas contenidas en dicho RD van a tener igual naturaleza jurídica. De acuerdo con lo establecido en su disposición final primera, sólo algunas de las reglas contenidas en el RD van a tener carácter básico mientras que las restantes serán de aplicación supletoria para el caso de que ni las entidades locales ni las correspondientes Comunidades Autónomas hayan ejercido sus competencias.

De acuerdo con esto, el artículo 4 del RD 896/1991 establece con carácter básico en su apartado e) que

“Los Tribunales, que contarán con un Presidente, un Secretario y los Vocales que determine la convocatoria. Su composición será predominantemente técnica y los Vocales deberán poseer titulación o especialización iguales o superiores a las exigidas para el acceso a las plazas convocadas”.

Por su parte, y de forma supletoria, el apartado f) señala que

“El número de miembros de dichos Tribunales en ningún caso será inferior a cinco.

Actuará como Presidente el de la Corporación o miembro de la misma en quien delegue. Entre los vocales figurará un representante de la Comunidad Autónoma”.

Como se podrá comprobar en una primera aproximación a estos preceptos, las garantías contenidas en los mismos en relación a los principios de especialidad e imparcialidad resultan sustancialmente mermadas respecto de las que establecía el RGIPP.

Así, respecto del principio de **imparcialidad** pueden hacerse las siguientes consideraciones:

1) En el RD no se impide, al igual que hacía el RGIPP, el acceso a los tribunales a representantes políticos que carezcan de la cualidad de funcionario público. Por el contrario, la norma mencionada establece, si bien con carácter supletorio, que al menos uno de sus miembros, nada menos que el Presidente, habrá de ser un representante político, a saber, el Alcalde o el Presidente de la Diputación o el miembro de la Corporación en quienes ellos deleguen.

Desde un punto de vista constitucional, esta solución suscita serias dudas y no deja de resultar ciertamente arbitraria. Si por un lado, no se acierta a comprender cual es la suerte de vasta for-

mación o cualificación técnica de los Alcaldes y Presidentes de Diputaciones que les permite formar un juicio técnico acertado en ocasiones tan dispares como la selección de un bombero, un bibliotecario, un peón de albañil, un arquitecto, un policía local, un asistente social o un asesor jurídico; por otro lado, la introducción de cargos políticos o de representantes sindicales en los órganos de selección incorpora puntos de vista distintos, incompatibles objetivamente con el principio de imparcialidad⁷³. Cuando en algún órgano administrativo o político se prevé la participación de un cargo político, por el mero hecho de serlo y no por su singular cualificación técnica, hay que entender que dicha participación está encaminada y dirigida a defender una opción política determinada, a encauzar legítima y democráticamente, aunque, eso sí, dentro del amplio marco del respeto al Estado de Derecho, las decisiones administrativas hacia la opción política que ellos representan y en función de la cual ocupan el cargo que les corresponde. En estos casos, se suele tratar de órganos donde la mayor o menor cualificación técnica de sus integrantes es lo de menos, siendo lo determinante su legitimidad democrática expresada por los votantes en las urnas.

Ahora bien, cuando de lo que se trata es de integrar órganos cuya tarea no es, ni mucho menos, determinar cuales de los candidatos aspirantes a ocupar una plaza en la Administración pública se ajustan más a los criterios políticos expresados en las urnas o cuales de ellos gozan de la confianza de la opción política mayoritaria⁷⁴, sino, muy al contrario, la de discernir de forma imparcial y objetiva que candidatos a una plaza de funcionario de carrera tienen más méritos y capacidad, no se comprende cual es el papel que le corresponde jugar a los representantes políticos o sindicales.

Falla así una importante garantía organizativa del principio de imparcialidad, por lo que puede plantearse seriamente la duda de que este tipo de soluciones sea conforme a la Constitución. En este sentido debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha declarado, en STC 85/1983, de 25 de octubre, que el régimen de las comisiones de selección debe garantizar "la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre, sin ceder a consideraciones externas, y que su nivel de preparación técnica sea lo suficiente para realizar la función seleccionadora". Del mismo modo, el Tribunal Supremo no ha dudado en afirmar que "para poder valorar el mérito y capacidad por los Tribunales de pruebas selectivas es absolutamente necesario que sus miembros posean unos conocimientos para la valoración de di-

⁷³ SÁNCHEZ MORÓN, M., op. cit., p. 126.

⁷⁴ Para satisfacer estas necesidades también legítimas ya existe en nuestro Ordenamiento jurídico otra figura: la del personal eventual cuyo nombramiento y cese es libre y le corresponde al Alcalde o al Presidente de la Corporación local correspondiente (art. 250.3 LALG).

chos "méritos y capacidad" de los aspirantes" (STS 13 de junio de 1989 FJ 2).

Además, al abrir la posibilidad de que los Presidentes de las Corporaciones participen en el órgano encargado de la selección de sus funcionarios va a suponer la limitación de otras importantes garantías de imparcialidad previstas, sin embargo, en el RGIPP: (1) Por una parte, la separación entre el órgano encargado de la selección y el órgano encargado del nombramiento se diluye sustancialmente, al ser el Presidente de la Corporación local, presidente nato del órgano seleccionador, el encargado de su nombramiento⁷⁵, todo lo cual supone acentuar el ya de por sí "politizado" procedimiento selectivo⁷⁶. (2) Por otra parte, la garantía de imparcialidad que suponía la posibilidad de interponer recurso ordinario frente a ciertas decisiones de los Tribunales seleccionadores se ve también sustancialmente mermada, en la medida en que, sea el Pleno de la Corporación o sea el Presidente de la misma el órgano encargado de la resolución de dicho recurso, en cuanto órgano superior jerárquico del Tribunal (art. 114.1 LPAC)⁷⁷, lo cierto es que el Presidente de la Corporación local va a estar presente en ambos órganos, y por

⁷⁵ Artículos 41.14.a) y 60.12.a) del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por RD 2568/ 1986, de 28 de noviembre (ROF).

⁷⁶ Cfr. FÉREZ FERNÁNDEZ, M., "Reflexiones..." op. cit., p. 60.

⁷⁷ Es esta una cuestión que no es pacífica en la doctrina. El problema para concretar cual es el órgano superior jerárquico de los Tribunales seleccionadores en el ámbito local vienen condicionado por el hecho de que el nombramiento de su Presidente viene determinado por dos centros de decisión. Así, mientras es el pleno el órgano encargado de aprobar las bases de la convocatoria (artículos 22.2.i) y 33.2.f) de la LBRL), bases en las que deberá constar la designación del Tribunal, será el Presidente de la Corporación el órgano encargado de efectuar formalmente dicha convocatoria, de acuerdo con las bases que apruebe el pleno (arts. 41.14.a) y 60.12.a) del ROF). A pesar de esta doble intervención en el proceso decisorio, no cabe duda de que la decisión determinante de la composición del Tribunal la toma el Pleno, por lo que parece más razonable desde un punto de vista finalista, e incluso resulta más garantista para los interesados, que sea éste el que resuelva los recursos. Así lo han entendido por ejemplo VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A. "Algunos casos de recursos ordinarios (antigua alzada) en la Administración Local. El Consultor, nº 6, 1994, pp. 767 y 768, o RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.M. "Las clases de recursos administrativos en la Administración Local. El impacto de la Ley 30/1992", El Consultor, nº 20, 29994, pp. 2702 y 2703 o COBO OLIVERA, M. ... p. 565. Sin embargo ésta no ha sido la solución adoptada por el legislador catalán, para quien el nombramiento del tribunal corresponderá al órgano de la entidad local competente para el nombramiento de los funcionarios de que se trate, y que no es otro que el propio Presidente de la Corporación (arts. 72.4 y 82 del Reglamento del personal al servicio de las Entidades locales de Cataluña. No han faltado incluso autores que como PÉREZ LUQUE, A. ("La ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo local", El Consultor, 1994, p. 1650) estiman que este recurso no cabe en el ámbito local, al entender que la autoridad competente para nombrar el Presidente no existe en la Administración Local pues es por determinación legal expresa (RD 896/1991) como se nombra al Presidente de la

Corporación. Esta última posición no puede ser compartida pues una cosa es que una norma establezca, con carácter supletorio por cierto, el sujeto que debe presidir un Tribunal y otra cosa muy distinta es el nombramiento concreto de ese sujeto.

lo tanto va a tomar parte en la decisión tanto en primera como en segunda instancia. De este modo, la "supuesta" garantía que supone que un órgano superior jerárquico fiscalice la actuación del inferior se limita hasta el punto de hacer de lo que en principio es una garantía para el ciudadano, un verdadero obstáculo para su acceso a la vía jurisdiccional.

Cuestión bien distinta es que los Tribunales sean designados por el Pleno o incluso que, en virtud de acuerdo previo, se dé cierto protagonismo en esta designación a los grupos de la oposición o a los representantes sindicales, siempre y cuando se garantice la necesaria cualificación técnica de las personas designadas por estos representantes políticos o sindicales. Por el contrario, es en este plano, esto es, en el de la designación de los Tribunales donde el principio de autonomía local o de **naturaleza local de los Tribunales** puede y debe jugar el papel que le corresponde.

Desde esta perspectiva es, sin embargo, cuestionable la previsión general de que uno de los vocales de la Comisión deba ser un representante de la Comunidad Autónoma respectiva, solución que en los términos en que está planteada no va a suponer un refuerzo de las garantías de imparcialidad y objetividad, sino una simple e injustificada interferencia en el ámbito de decisión local, sólo permisible en los supuestos en que, por imperativo legal, dicha participación se dirija a la salvaguarda de las competencias sectoriales que corresponden a la Comunidad Autónoma⁷⁸.

(2) Aún cuando el RD 896/1991 no lo diga de forma expresa, muchas de las reglas contenidas en el RGIPP en aras a garantizar la imparcialidad van a ser también de aplicación en el caso de estos Tribunales. En primer lugar, las personas que sean designadas para forma parte de los Tribunales deberán abstenerse y podrán ser recusadas en el supuesto de que en ellos concurra alguna de las causas enumeradas en el artículo 28 de la LPAC, y ello porque estos Tribunales, como ya dijimos al principio, no son más que órganos administrativos que actúan en un procedimiento y que en cuanto tales les son aplicables las reglas generales contenidas en la LPAC. En segundo lugar, y del mismo modo, las decisiones que adopten los Tribunales serán susceptibles de recurso ordinario. Por último, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 19 de la LMRFP, que tiene también carácter supletorio al igual que parte de la regulación del RD, los órganos de selección no podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios del mismo cuerpo que se ha de seleccionar.

⁷⁸ En este sentido, parecía más ajustada al principio de especialidad la previsión contenida en el ya derogado RD 712/1982, de 2 de abril, el cual preveía que entre los vocales actuase siempre "un representante del Profesorado oficial, designado por el INAP; el Director o Jefe del respectivo servicio dentro de la especialidad o, en su defecto, un técnico o experto designado por el Presidente de la Corporación; un representante del Colegio Oficial respectivo de la Comunidad Autónoma; o, de no haberlo, un representante designado por la Administración del Estado o, en su caso, por la Comunidad Autónoma que corresponda, un funcionario de carrera, si lo hubiere, designado por la Corporación local".

En cuanto al **principio de especialidad** es donde este Real Decreto resulta más cuestionable.

En primer lugar, no todos los miembros del Tribunal tendrán que tener un nivel de titulación o especialización igual o superior al exigido para el ingreso en el Cuerpo o Escala, sino que esta exigencia sólo se establece respecto de los Vocales. Esta previsión sugiere un par de reflexiones. (1) La reducción de la exigencia de titulación a sólo los vocales del Tribunal, supone una minoración de garantías de todo punto injustificable y difícilmente cohonestable con las exigencias propias del principio de especialidad, mérito y capacidad así como con la igualdad de acceso a la función pública. Posibilitar que personas que carecen de estudio o pericia alguna puedan enjuiciar el mérito y la capacidad de los candidatos a plazas en las que se exija la posesión de titulación superior y además unos conocimientos especializados, resulta, en mi opinión, un verdadero atentado a toda lógica y razón jurídica, que no merece mayor comentario. (2) Este RD introduce una variable que hasta este momento no había sido planteada por ninguna norma. Al requerir que los vocales tengan un nivel de "titulación o *especialización*" igual al exigido para las plazas objeto de convocatoria, parece que se abre la posibilidad de que incluso los vocales no tienen por que tener una titulación igual o superior siempre que posean una "especialización" igual o superior. Una solución de este tenor entiendo, sin embargo, que resulta igualmente contraria al principio de especialidad, pues dejaría al libre criterio de la Administración actuante la determinación de la formación o de los conocimientos que reportan un nivel de especialización suficiente para participar en un Tribunal, sin fijar para ello parámetro alguno, ni tan siquiera el de la titulación oficial. Más razonable es entender que partiendo de la exigencia de un nivel de titulación igual o superior al del exigido a los aspirantes la Corporación local podrá, además, exigir de los vocales del Tribunal un cierto nivel de especialización que les permita formar un juicio acertado en su decisión, lo que sería recomendable.

En segundo lugar, y de modo similar a lo que ocurre en el RGIPP, la exigencia de una composición tan sólo predominantemente técnica, no parece que satisfaga suficientemente las garantías derivadas del principio de especialidad y que los Tribunales se han encargado de recordar. Así, y en relación a la vieja exigencia del RD 71211982, de 2 de abril de que en los Tribunales figurase un representante del Profesorado oficial, el TS ha entendiendo que éste debería ser un profesor universitario por ser en muchas ocasiones plazas donde "la especialización ad-

ministrativa debe de ser fundamental" (STS 27 de octubre de 1989 FJ 4), no siendo suficiente con haber impartido docencia incluso en Centros oficiales. Del mismo modo, el TC ha señalado en la Sentencia 215/1991, de 14 de noviembre, que el discernimiento de los méritos y la capacidad de los aspirantes a una plaza en la función pública ha de corresponder exclusivamente a órganos calificadoros que estén integrados por personas dotadas de la debida cualificación técnica en la materia propia de esa plaza. Más expresivos si cabe, son los pronunciamientos contenidos en las SSTC 174/1996, de 11 de noviembre y la d215/1991, de 14 de noviembre. En la primera de ellas el TC consideró nada menos que al Consejo General del Poder Judicial un órgano sin la cualificación técnica suficiente para revisar el fondo de la valoración efectuada por el Tribunal calificador encargado de seleccionar Magistrados por la vía del turno de juristas de reconocida competencia. En la segunda el TC tampoco consideró a una Comisión de Reclamaciones integrada por Catedráticos de Universidad con amplia experiencia docente e investigadora, como un órgano suficientemente cualificado para la revisión del fondo de una decisión adoptada por una Comisión encargada de la selección de funcionarios públicos docentes, "al no ser todos ellos especialistas de la disciplina o del área de conocimiento correspondiente a la plaza objeto del concurso" (STC 215/1991, de 14 de noviembre FJ 4)

En cuanto al **principio de publicidad**, el RD 896/1991 cumple satisfactoriamente las exigencias propias de este principio. En el artículo 6 se establece, con carácter supletorio, que las bases de las pruebas selectivas y las correspondientes convocatorias deberán publicarse íntegramente en el Boletín Oficial de la Provincia correspondiente así como en el de la Comunidad Autónoma, siendo necesaria la publicación del anuncio de la convocatoria en el BOE. Esta previsión, en exceso garantista, ha sido atenuada por el legislador gallego, el cual ha entendido suficiente con la publicación íntegra en el Boletín oficial de la Provincia, limitándose el BOE y el DOG a publicar el anuncio (art. 233.3 LALG). El cumplimiento de esta exigencia contenido también en el viejo RD 2223/1984, artículo 14.h) es requisito *sine qua non* para la validez de la convocatoria. Así, lo ha entendido correctamente el propio TS, el cual, refiriéndose a la no designación del Tribunal calificador en una convocatoria, ha señalado lo siguiente

"no podemos compartir su juicio de valor (el de la parte apelante), contrario al de la Sala "a quo", de que las infracciones legales por ella constatadas (y entre las que se incluye la que

acabamos de mencionar), sean meras irregularidades sin trascendencia invalidante, cuando, por el contrario, se trata de infracciones de normas absolutamente precisas, que por tanto merecen el tratamiento previsto para ellas en el artículo 48 de la LPA (hoy art. 63 LPAC referido a la anulabilidad de los actos), en su redacción vigente al momento de los hechos”.

4. Conclusiones

Este somero análisis de las normas y principios aplicables en materia de conformación de los órganos de selección de las Corporaciones Locales, permite formular algunas propuestas a modo de conclusión

Primera: La previsible reforma de nuestro modelo de función pública hacia posiciones más próximas a las propias del mundo laboral, no debe suponer en ningún caso una merma en el respeto y aplicación de los principios consagrados constitucionalmente. En este contexto, entiendo que el reforzamiento de la imparcialidad y especialización de los órganos de selección se resuelve como uno de los instrumentos más idóneos para garantizar el equilibrio de este proceso de cambio.

Segunda: El camino abierto por el RGIPP parece el adecuado para garantizar el cumplimiento efectivo de los principios a que hemos hecho referencia. Con todo, entiendo que, desde la perspectiva del principio de especialidad, el legislador debería hacer un mayor esfuerzo de concreción en relación a los miembros que han de integrar los órganos. Se hace preciso que los órganos de selección se integren en su totalidad por personas con una cualificación específica en las materias sobre las que versa el procedimiento selectivo. Sólo así se va a poder garantizar en su integridad el acceso a las plazas de aquellas personas más capacitadas.

Tercera: Se hace precisa una reforma radical y urgente del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas del procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local. Este RD supone una vuelta atrás respecto de la regulación contenida en el ya derogado RD 712/1982⁷⁹. La manifiesta transgresión por esta norma de los principios de especialidad e imparcialidad, al margen de ser reprochable desde un punto de vista jurídico, supone la vuelta a una concepción patrimonialista y trasnochada de los cargos y funciones públicas. La confusión entre lo político y lo administrativo se hace patente en esta norma. En esta línea, tanto las propias entidades locales como la Comunidad Autónoma Gallega

⁷⁹ En este Real Decreto se establecía que los vocales de los Tribunales calificadoros de las pruebas para el ingreso en la función pública local deberían ser un representante del Profesorado oficial, designado por el INAP; el Director o Jefe del respectivo servicio dentro de la especialidad o, en su defecto, un técnico o experto designado por el Presidente de la Corporación; un representante del Colegio Oficial respectivo de la Comunidad Autónoma o, de no haberlo, un representante designado por la Administración del Estado o, en su caso, por la Comunidad Autónoma que correspondiera, un funcionario de carrera, si lo hubiere, designado por la Corporación local.

tienen la oportunidad de paliar a través del dictado de las correspondientes normas reglamentarias muchas de las deficiencias contenidas en este RD, por lo que a ellas corresponde igualmente esta tarea de renovación normativa.

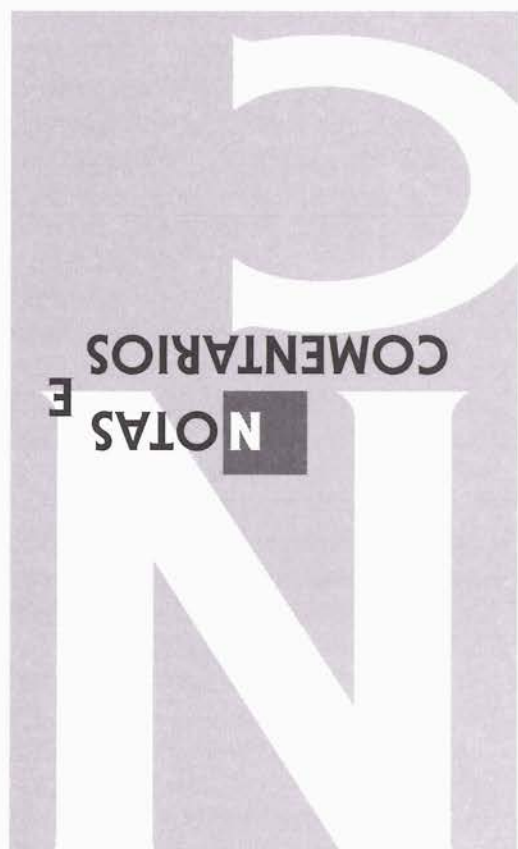
Partiendo de esta realidad, creo que resulta muy acertada la opinión de quienes sostienen que "el concepto de autonomía local puede aguantar mayores grados de intervención normativa y hasta ejecutiva, siempre que la medida mejore notablemente la eficacia burocrática, el derecho de los ciudadanos al acceso, en régimen de igualdad, a los puestos públicos y haga efectiva la movilidad interadministrativa⁸⁰. En definitiva, el respeto de los principios de objetividad, de acceso a los cargos públicos de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, legalidad y autonomía local hace necesaria la inmediata modificación de la norma en cuestión en este punto, de acuerdo con las directrices que he ido esbozando a lo largo de estas líneas.

Con todo, y aún cuando las garantías normativas no sean suficientes, esto no puede suponer que la actuación en este ámbito de la Administración pública se pueda realizar en perjuicio de los principios reseñados: imparcialidad y especialidad. Y ello porque se trata de principios que alcanzan el rango constitucional y que, en cuanto tales, se debe en todo caso velar por su estricto cumplimiento, en primera instancia por la Administración pública y en última por los Tribunales de justicia. La tarea, desde luego, no es sencilla, y las soluciones pueden ser muchas. Sirvan como colofón las siguientes reflexiones de carácter general que plantea Sánchez Morón

"el favoritismo que con frecuencia se enseñorea de los procesos selectivos no puede solucionarse desplazando la decisión técnica a un órgano no dotado para ella (o el criterio de los técnicos de una comisión por el criterio de quienes actúan como peritos en el proceso), dicho sea sin perjuicio del control jurídico que los tribunales de justicia deben ejercer, en los términos mencionados. En realidad la solución está más en el desarrollo de los valores cívicos de la sociedad que en otra cosa. Pero siempre es posible desde el derecho contribuir a ella perfeccionando la composición de los órganos de selección, en garantía de su idoneidad e imparcialidad, mejorando los sistemas selectivos y exigiendo una estricta observancia de los procedimientos y las obligaciones de motivación, de manera que se genere más transparencia y puedan corregirse las desviaciones de poder (que son el verdadero problema). En último extremo, órganos administrativos especializados en la revisión de estos aspectos del proceso selectivo (a la manera de comisiones de garantía del sistema de mérito) podrían también ser útiles para el mismo fin"⁸¹.

⁸⁰ LLISSET BORRELL, F. y GRAU AVILA, S. op. cit., p. 177.

⁸¹ SÁNCHEZ MORÓN, M. op. cit., p. 144.



Sobre a creación dos xulgados do contencioso-administrativo

Profesor titular de dereito
administrativo.
Universidade de Santiago de
Compostela

Pablo González Mariñas

1. Introducción

O Proxecto dunha lei reguladora da xurisdicción contencioso-administrativa, que de substituí-lo xa vetusto texto de 1956, dálles por fin carta de natureza ós xulgados do contencioso-administrativo.

Cando isto se escribe, xa o Congreso dos Deputados lle remitiu ó Senado o proxecto e se publicou no *DOPG* n.º 77 (a), do 13 de abril de 1998. Ben sabe o autor destas liñas que, cando aparezan publicadas, o proxecto xa será sen dúbida lei e que, ó mellor, lles poden a algúns parecer inútiles as súas reflexións. Sen embargo, e aínda renunciando a unha insospeitable virtualidade previa, paréceme que é cuestión sobre a que se debe opinar, porque é importante no contexto global da reforma que se implanta. E, sobre todo, porque o debate sobre os xulgados unipersoais continuará unha vez que estea en vigor a lei, sendo a

praxe de tódolos días a que nos ha de orientar, pasado o tempo, sobre o acerto ou o desacerto da súa creación. A reforma que agora se introduce non é dende logo a última. O tempo, tamén o xurídico e simplemente lexislativo, é hoxe vertixinoso. Mestúranse coma nunca nas reformas normativas factores conceptuais e prácticos, distorsiónase a dogmática, búscase avidamente a eficacia, a rapidez... e, ó pouco tempo, refórmase o reformado. Quizais sexa venturoso este aire novo para o noso dereito público, proclive a fosilizarse sen razón, aínda que haxa que ter coidado de non desmontar frívolamente anos e anos de pensamento xurídico no becerro de ouro da eficacia e da rapidez sexa como sexa. E se lle atribúo a isto un aspecto venturoso non é senón porque nos obriga a repensar constantemente as cousas e a ser conscientes de que as reflexións críticas teñen hoxe valor duradeiro e que, é posible, que nos vexamos na necesidade de, por máis que diga o *BOE* do día, rele-lo dito meses atrás para axusta-lo ordenamento ás necesidades e "xustizas" do mañá xa tan achegado.

2. A razón do goberno

O que acabo de expresar coincide co que manifesta a, polo demais, magnífica exposición de motivos do proxecto. O lexislador reflexiona en voz alta acerca da idoneidade dos xulgados unipersoais para afronta-lo exercicio das competencias que hai que asumir en virtude da cláusula xeral da LOPX. E di actuar "con decisión e cautela á vez". Ó atribuírle-la competencia utiliza un sistema de "lista taxada" pola que pretende asignarlles "un conxunto de competencias relativamente uniformes e de menor transcendencia económica e social", pero que cobren "unha elevada porcentaxe dos recursos que a diario se interpoñen ante os órganos da xurisdicción". Desta maneira -conclúe- "é posible achegarlle remedio á saturación que soportan os tribunais superiores de xustiza" e, pola súa parte, "os xulgados obteñen un conxunto de competencias que poden razoablemente exercer e que parecen suficientes para consolida-la experiencia".

Na súa defensa en Pleno do proxecto (26 marzo 1998), o ponente, Sr. Del Burgo Tajadura, reincidiu en semellantes argumentos. O importante, dixo, é conseguir "unha axilización dos procesos, descargando as salas do contencioso-administrativo dos TTSS da tarefa de resolver recursos de escasa entidade en materias de persoal, tributos locais, urbanismo e sancións administrativas". E engadiu:

“valorámo-las poderosas razóns alegadas polos que sostiveron a improcedencia de introducir xuíces unipersoais na xurisdicción contencioso-administrativa, suxerindo a idea de lle encomendar tales asuntos á resolución de maxistrados delegados das actuais salas. Ó final optamos por mante-lo mandato da Lei orgánica do Poder Xudicial introducindo certas previsións nas disposicións transitorias para que a implantación dos xulgados se realice garantindo a adecuada formación dos seus próximos titulares, así como a achega dos medios humanos e materiais necesarios, tarefa na que estamos seguros que tanto o Consello Xeral do Poder Xudicial como o Ministerio de Xustiza actuarán con plena responsabilidade”.

Certamente, o debate plenario non deu moito de si neste tema. A ponente socialista, Rubiales Torrejón, encargouse de recordar cómo o Grupo Popular estaba en contra da creación destes xulgados, na etapa do ministro Belloch, porque con eles “se lle poñía fin á colexialidade, norma e tradición na xurisdicción contenciosa do noso país e de moitos outros do noso contorno”. E recordou tamén que o Goberno non só creaba agora estes xulgados, senón que estendía a unipersonalidade á resolución de impugnacións da actuación administrativa proveniente da Administración Xeral do Estado.

E non moito máis deu de si o debate, ateigado de homiléticos discursos protocolarios que, sobre a base do acordo maioritario, apelan incluso ó “orgullo que para todo demócrata (supón) contribuír á votación deste texto” (Sr. López-Medel Bascones).

Non hai, pois, en todo o proceso máis que reiterativas xustificacións en razón de descargar de traballo as instancias xudiciais superiores. Pouco ou nada, en cambio, acerca das consecuencias globais que para o noso sistema contencioso pode supoñer a dita creación, máis alá da, sen dúbida, necesaria axilización da resolución dos preitos.

Todo iso obriga a facer uns apuntamentos acerca dos avatares legislativos precedentes e acerca tamén da conveniencia ou non da creación dos xulgados contenciosos unipersoais.

3. A historia legislativa recente e o debate doutrinal

É de sobras coñecido que a LOPX (Lei 6/85, do 1 de xullo) estableceu os principios e a estrutura dunha nova organización xudicial, coa pretensión, declarada na súa exposición de motivos de “poñer a disposición do pobo español unha rede de órganos xudiciais que, xunto á maior proximidade posible, ga-

ganos xudiciais que, xunto á maior proximidade posible, garanta sobre todo a satisfacción efectiva dos dereitos fundamentais recoñecidos no artigo 24 da CE, entre eles, principalmente, o dereito a un xuízo público sen dilacións indebidas e con tódalas garantías". E é coñecido tamén que a efectividade desta prevista reforma quedaba diferida pola propia LOPX (disposición adicional 1ª) á remisión ás Cortes, no prazo dun ano, de diversos proxectos de lei, entre eles, especialmente, o chamado entón "de planta de demarcación xudicial". A LOPX era, ademais, moi parca na definición dos órganos da xurisdicción contenciosa, aínda que, iso si, contiña nos seus artigos 90 e 91 un mandato explícito de creación en cada provincia "dun ou máis xulgados do contencioso administrativo".

Tiveron, sen embargo, que transcorrer dende entón dous anos e medio para que se alcanzase a promulgación da Lei 38/1988, do 28 de decembro, de demarcación e de planta xudicial. Pero este texto legal introduciu un novo atraso na materia que nos ocupa. A súa exposición de motivos insistía na idea de que os xulgados do contencioso administrativo "constituían -dicía- unha eficaz primeira instancia en asuntos para os que funcionalmente pode resultar vantaxoso este sistema ou que hoxe é excesivamente gravoso trasladarlles ás salas, como ocorre con algunhas materias económico-administrativas...". A lei fixaba, ademais, en 112 o número de xulgados que se crearían, dispoñía a súa constitución no marco da Lei de presupostos (art. 44) e a súa posta en funcionamento "no período comprendido entre 1989 e 1992" (art. 62).

Sen embargo, tampouco isto se fixo realidade. Tal posta en funcionamento adiouuse de novo e comezouse a traballar no proxecto da que chegaría a ser "Lei de medidas urxentes de reforma procesual" (1992). O proxecto centrouse, como é sabido, nun aspecto realmente importante como foi a introducción do recurso de casación. Non entro agora no xuízo sobre o acerto ou o desacerto con que isto se fixo, se ben é inevitable recoñecer que primou esaxeradamente o desexo de descarga-la Sala 3ª do TS de "asuntos nimios ou sen ningún interese casacional". O que quero resaltar é que, unha vez máis, se demorou a implantación dos xulgados, amén doutras reformas reclamadas unanimemente. Cando o Consello Xeral do Poder Xudicial tivo ocasión de informa-lo anteprojecto remitido polo Goberno, non perdeu a ocasión de recordar que a reforma introducida (implantación da casación) "sería totalmente insuficiente se con ela pretendera darse por pechado o capítulo de reformas que é necesario introducir para lle dar plena efectividade na orde con-

tencioso-administrativa á LOPX". Impónse –dicía o Consello– atender a outros aspectos moi susceptibles de crítica (medidas cautelares, execución das sentencias, presupostos para acceder ó proceso) e tamén proceder “á creación dos xulgados do contencioso-administrativo, non pola súa significación en si mesmos, senón principalmente porque supoñen o recoñecemento dun espazo razoable á dobre instancia nesta orde xurisdiccional, necesitado dela especialmente no ámbito autonómico e porque a súa existencia é precisa para lle dar todo o seu sentido á casación”.

Expresaba así, o Consello, as razóns de conveniencia de creación destes xulgados, sobre o ámbito competencial dos cales, sen embargo, a LOPX fora tan pouco explícita: “Os xulgados do contencioso-administrativo coñecerán –di, en efecto, o seu art. 91– en primeira ou única instancia, dos recursos do contencioso-administrativo non atribuídos a outros órganos desta orde xurisdiccional”.

Pero é que ademais, e fronte a tales razóns de conveniencia, moitos sectores doutriniais e xudiciais manifestáranse xa en contra da creación de tales xulgados e non só por rompe-la tradicional colexialidade, senón tamén pola creación dunha orde xurisdiccional “menor e especial”, imposible, ademais, de uniformar doutrinalmente.

Díxose nese momento que se se analizan as competencias que a LOPX lles atribúe ós “outros órganos” da orde xurisdiccional contenciosa á que alude o seu art. 91 (especialmente o art. 74 referido ás salas dos tribunais superiores de Xustiza), pode deducirse a sostida intención do lexislador de lles atribuír a estes novos xulgados o coñecemento de tódolos recursos interpostos contra os actos da Administración local e dos entes institucionais ou corporativos dela dependentes ou a ela vinculados (Gil Ibáñez). A impresión confírmase se se atende a un “anteprojecto de Lei regulador do proceso contencioso administrativo” do ano 1986 que efectuaba explicitamente a atribución destes asuntos ós xulgados, fose cal fose o contido da resolución impugnada e xa se tratase dun acto singular ou dun regulamento.

4. Os criterios da nova lei

Malia toda a crítica doutrinal, ó cabo de doce anos, o proxecto de reforma insistiu nos mesmos criterios. Non faltou dende logo tempo e reflexión, pero gañaron os simples criterios de axili-

dade e de descarga de traballo dos órganos superiores. Bótase de menos unha máis profunda reflexión sobre as consecuencias finais da innovación.

A nova lei, segundo o proxecto, dispón que os xulgados do contencioso-administrativo coñecerán, en única ou primeira instancia, dos recursos que se deduzan fronte ós actos das entidades locais cando teñan por obxecto:

1. Cuestións de persoal, agás que se refiran ó nacemento ou á extinción da relación de servizo dos funcionarios públicos de carreira.

■ Xestión, inspección e recadación dos tributos e demais ingresos de dereito público regulados na lexislación de facendas locais.

Licencias de edificación e uso do solo e do subsolo, sempre que o seu presuposto non exceda de douscentos cincuenta millóns de pesetas, así como as de apertura.

Declaración de ruína de inmobles e ordes de execución de obras de conservación, reforma e rehabilitación daqueles.

Sancións administrativas, calquera que sexa a súa natureza, contía e materia.

2. Coñecerán, así mesmo, en única ou primeira instancia dos recursos que se deduzan fronte ós actos administrativos da Administración das comunidades autónomas, salvo que procedan do respectivo Consello de Goberno, cando teñan por obxecto:

Cuestións de persoal, salvo que se refiran ó nacemento ou á extinción da relación de servizos de funcionarios públicos de carreira.

As sancións administrativas que consistan en multas non superiores a dez millóns de pesetas e cesamento de actividades ou privación de exercicio de dereitos que non excedan de seis meses, nas seguintes materias:

Tráfico, circulación e seguridade vial.

Caza, pesca fluvial, pesca en augas interiores, marisqueo e acuicultura.

Actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas.

Comercio interior e defensa de consumidores e usuarios.

Espectáculos públicos e actividades recreativas.

Xogos e máquinas recreativas e de azar.

3. Coñecerán en única ou primeira instancia dos recursos que se deduzan fronte a disposicións e actos da Administración

periférica do Estado e das comunidades autónomas, contra os actos dos organismos, entes, entidades ou corporacións de dereito público, a competencia dos cales non se estenda a todo o territorio nacional e contra as resolucións dos órganos superiores cando confirmen integramente os dictados por aqueles en vía de recurso, fiscalización ou tutela.

4. Correspóndelles coñecer ós xulgados das impugnacións contra actos das xuntas electorais de zona e das formuladas en materia de proclamación de candidaturas e candidatos efectuada por calquera das xuntas electorais, nos termos previstos na lexislación electoral.

5. Coñecerán tamén os xulgados do contencioso-administrativo das autorizacións para a entrada en domicilios e restantes lugares, nos que para acceder a eles requira o consentimento do seu titular, sempre que sexa procedente para a execución forzosa de actos da Administración pública.

5. Unha elemental consideración crítica


A nova regulación conseguiu superar algúns defectos de proxectos precedentes. Pero segue pendendo a espada de Damocles sobre o risco evidente dun excesivo fraccionamento da doutrina xurisprudencial, de case imposible unificación dado o enorme número de xulgados e as peculiaridades das lexislacións autonómicas de réxime local. É este un problema de futuro ó que a lei non lle achega unha axeitada e eficaz vía de solución.

Si se solucionaron, en cambio, defectos de proxectos anteriores derivados da non inclusión na competencia dos xulgados do coñecemento dos recursos contra actos dos órganos periféricos da Administración do Estado, imprevisión coa que se incorría nunha grave inconsecuencia lóxica que, ademais, frustraría o obxectivo último de descargar de tarefas as salas dos TTSS de Xustiza. E solucionouse tamén a inconsecuencia de non atribuír-lles ós xulgados o coñecemento dos recursos interpostos polo Estado ou pola comunidade autónoma respectiva contra actos das corporacións locais (artigos 65 e 55 LBRL). Se iso non se previnise, o aparentemente buscado obxectivo de configurar unha "orde xurisdiccional específica co primordial obxectivo de re-visa-la legalidade da actuación administrativa dos entes locais" (Gil Ibáñez) xa quebraría por completo.

6. Final

Con todo isto, os xulgados están aí e van inicia-la súa andaina. Parece evidente que se debe ser cauto nun tema especialmente polémico. Pero tampouco procede furta-la propia opinión. As disfuncións do noso sistema contencioso son globais. O seu gran problema radica na necesidade de adaptalo “ás prescricións constitucionais e ás demandas sociais”, configurando “un proceso áxil e eficaz encamiñado a satisfacer as necesidades do xusticiable” (Rodríguez-Arana). A creación dos xulgados non é máis ca unha peza no novo engranaxe. Por si mesma só combatería en parte a lentitude na Administración de Xustiza, pero adoecería das mesmas lacras e deficiencias que afectan á estrutura actual. Haberá que ter presente o funcionamento do conxunto para ver se a innovación é acertada.

Sen perde-la fe no salutar avance que a lei vai supoñer en termos xerais, subsiste aquí a grande cuestión do complicado acceso á xustiza ou a práctica á invitación á renuncia que supón en ocasións a contía relativamente escasa de moitos conflitos derivados da actuación dos entes locais. Subsiste o grave problema da imposibilidade práctica de unificación de doutrina xurisprudencial. E subsiste, en fin, a dúbida sobre a conveniencia desa especialización que os xulgados supoñen en razón da procedencia subxectiva do acto ou regulamento. Haberá que ver se a súa posta en práctica non remata xerando a longo prazo principios e criterios propios no marco dunha “xustiza administrativa de ton menor”, encomendada ó máis baixo nivel estrutural da orde contenciosa que pode incluso funcionar en ocasións como única instancia. Creo que as importantes cuestións atribuídas ós entes locais (pénsese nas licencias e autorizacións, a ordenación urbanística ou a mesma tributación local) ben merecerán un mellor tratamento procesual.

A dispersión e a falta de unidade xurisprudencial non son adecuadas compañeiras da boa orde procesual, porque adoitan traer fastidiosas contradicións e desigualdades. Debemos desexar que se acertara no instrumento para combater-la inútil “xustiza tardía”. O tempo o dirá. En punto a competencias, polo menos, que é crucial, o proxecto combina escepticismo e esperanza: “nada impide –di–, antes polo contrario, que tras un primeiro período de rodaxe a lista se revise á vista desa experiencia”. 

A actuación dos gobernos no medio ambiente: políticas públicas ambientais

Director do Centro de Extensión
Universitaria e Divulgación
Ambiental de Galicia (CEIDA)

Francisco José Peña Castiñeira

Licenciado en ciencias políticas
e socioloxía

Enrique José Varela Álvarez

1. Introducción

A estas alturas de século, e nas portas do novo milenio, aínda hai xente que se formula a pregunta de ¿que fai (ou que non fai) un goberno rexional no medio ambiente?, ¿que papel xoga a Unión Europea en relación co contido das nosas bolsas de lixo?, ¿que ten que dicir Madrid (a Administración central) sobre as nosas praias e costas?, ¿cal é a capacidade do meu concello á hora de tomar cartas na cuestión ambiental? Vemos que son moitas as cuestións que nos afectan no cotián, e que teñen grande incidencia sobre o medio, preguntas que cremos que se poderían resumir nesta: ¿é realmente importante que un goberno actúe sobre as relacións entre o home e o medio no que vive?

Se este artigo o tivesemos realizado antes do sábado 25 de abril de 1998, a importancia da formulación da actuación pública sobre o medio ambiente quedaría reducida a simple testemuño ou circunloquio retórico-intelectual, mesmo habería quen podería chegar a cuestionar a lexitimidade e a importancia da actuación do Estado e os seus distintos niveis de Goberno en algo que só debería regular o mercado (*¡sic!*)¹. Mais pasados uns días, e xa a mediados de maio, a situación é ben distinta. O "efecto Boliden"² revélase de tal magnitude que dubidamos que as próximas estratexias que deseñarán concellos, comunidades autónomas, e incluso Estado central (teñan ou non competencias), non inclúan necesariamente actuacións decididas de intervención en materia ambiental: con iso non nos referimos só á clásica actividade regulativa, senón tamén á de inspección, educación, sanción e, sobre todo, prevención de desastres semellantes.

Pero comecemos polo principio, dado que a problemática ambiental formulada ós gobernos, e as súas posibles solucións, é máis ampla e complexa, se cabe, pola relativa xuventude que as actuacións públicas teñen sobre o contorno natural, xa que como veremos ó longo do artigo non será ata a consolidación do Estado do benestar (polo menos en España) cando as políticas públicas medioambientais eclosionen con toda a súa furia e forcen as estruturas político-administrativas nacionais (posteriormente rexionais e locais) a deixarse levar na iniciativa liderada dende décadas anteriores pola propia sociedade civil e os distintos movementos e grupos que nela actuaban. Pero ademais da relativa inexperiencia deste tipo de actuacións existe outro obstáculo conceptual, xa que o medio ambiente e as distintas aproximacións realizadas á súa problemática foron tradicionalmente enfocadas dende unha óptica reduccionista (xeralmente dende as ciencias naturais), que eliminaba outros achegamentos que enriquecían e dotaban de novos enfoques as súas análises e actuacións.

Na actualidade, e por paradoxal que pareza despois dos anos de traballo desenvolvidos e do *background* acumulado en materia ambiental polos distintos niveis de goberno españois, estamos aínda nunha fase de definición da intervención pública, na que se intenta reorganizar o marco de competencias dos distintos actores públicos e consolida-la inescusable tendencia da municipalización da xestión ambiental local.

¹ Vid., Badía, E., "¿De qué nos sirve tanto Estado?", *Cinco días*, 30 de abril de 1998, páx. 2.

² "Efecto Boliden": 5000 hectáreas de cultivo perdidas (pastos, árbores froiteiras, algodón, cítricos, arroz e herbáceos); máis de 12.000 millóns de perdas (2000 millóns pola perda de cultivos e outros 10000 pola perda de potencial productivo das terras e a perda de reposición da capacidade productiva); 18.000 millóns de custo na limpeza das hectáreas de labor afectadas; grave prexuízo á fauna que desenvolve o seu ciclo vital na zona de Doñana (tanto as especies autóctonas como as que pasan temporadas ou se deteñen en Doñana nas migracións); prexuízos no desenvolvemento turístico das provincias de Sevilla e Huelva; e incalculable dano na imaxe dun país europeo que tendo tres niveis de goberno distintos con competencias ambientais na zona afectada (Administración central, autonómica e local –concellos e deputacións–), non soubo coordinarse e gañarlle tempo ó propio desastre (Fontes: *El País* e *Cinco días*, do 26 de abril ó 11 de maio).

1. Pero, ¿que é o medio ambiente?

En primeiro lugar atopámonos ante a necesidade de conceptualizar un termo composto como é o medio ambiente, que foi tradicionalmente enfocado, discutido e traballado dende unha base pluridisciplinar, aínda que coa predominancia das ciencias naturais.

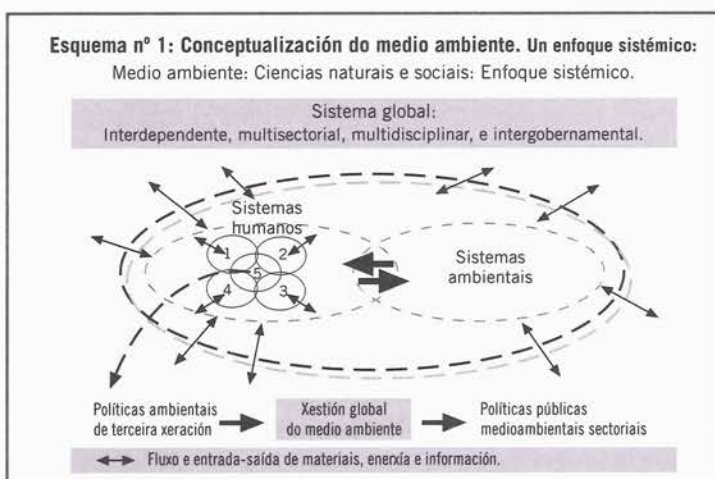
Dende os seus comezos o problema ambiental foi estudiado a través das ciencias naturais, e considerábase que o seu obxecto de estudio era unha cuestión de enfoques e de técnicas cuantitativas. A partir dos anos 80, e fundamentalmente pola presión exercida a través dos novos movementos sociais (principalmente as ONG), tal como sinalan Pardo (1996:23) e Bifani (1997: 21,22) as cuestións ambientais abríronse a outras disciplinas, a outros focos de análise, en definitiva a novas relacións teóricas, ratificándose o seu carácter multidimensional e a necesidade de solucionar de xeito máis completo os seus complexos problemas. A multidimensionalidade da problemática ambiental e o gran número de factores que nela concorren, non só dende a óptica das ciencias naturais (poboación, tecnoloxía...) senón tamén das sociais (sistemas económicos, políticos, contexto social, procesos de urbanización, tradicións culturais e valores sociais...), produciu un desembarco de novas formas de trata-lo problema "do verde", marco no cal se inscribe a presente reflexión acerca do papel que os gobernos deben xogar en relación co medio natural.

Dende este enfoque de ciencias sociais, e se seguimos a Martín Mateo (1991:86) poderíamos defini-lo medio ambiente como un todo formado por *contorno natural* (aire, auga, ruído e vexetación), *elementos físicos e biolóxicos* (solo, fauna, flora...), *infraestructuras* (vivenda, transporte, equipo sanitario...), e *factores culturais* (benestar, calidade de vida, educación desenvolvemento...); nós redondearíamos esta aproximación ó concepto ambiental cun elemento que condensa o todo anterior, que lle dá forma e carta de natureza nas sociedades de benestar actuais, como son as *estructuras político-administrativas*. A través dos gobernos e das súas respectivas estruturas administrativas o conxunto do medio ambiente situaríase en condicións de ser "tratado" como problema polos gobernos, de darlles respostas ás demandas cidadás, en definitiva, conxugando os recursos de que dispoñen en solucións ambientalmente correctas e sostibles e que melloren a calidade de vida daqueles que pagan e financian o conxunto do Estado cos seus impostos.

Vemos, pois, que esta perspectiva social do ambiental supón a confluencia de varias realidades (naturais, sociais, urbanas,

políticas, culturais...), e que se forma un marco complexo de actuación entre os distintos subsistemas e o todo ou macrosistema, froito do cal xorden as continuas interaccións entre home e medio que determinaron o medio ambiente actual.

Consideramos, polo tanto, o medio ambiente como un obxectivo que cómpre que protexan o conxunto das sociedades actuais, e que ten un carácter multidisciplinar, multisectorial e, por suposto, intergubernamental, segundo o seguinte esquema:



- 1: Subsistema de metas e valores / 2: Subsistema técnico
 3: Subsistema estrutural / 4: Subsistema psicosocial
 5: Subsistema administrativo

Elaboración propia a partir do esquema do sistema organizativo de Kast e Rosenzweig.

En resumo, no esquema sistémico anterior pódese observar o xurdimento dun novo enfoque de interese nas relacións medio ambiente-home, dende un ámbito tradicionalmente afastado como o das ciencias sociais, con novos campos de actuación e áreas de investigación e acción. En relación cos distintos subsistemas hai que engadir que o subsistema administrativo o identificamos aquí co político-administrativo (actuacións de políticas e programas públicos por parte dos distintos niveis de goberno), e reclamamos para el un protagonismo especial dado que desempeña un papel central na determinación dos obxectivos e prioridades do macrosistema, na súa planificación, no deseño da organización, etc., e integra as actividades do resto de subsistemas. Só se analizámolo medio ambiente dende este tipo de perspectivas poderemos observar a súa xestión dun modo máis global, interdisciplinar e, necesariamente intergubernamental, o que determinará unhas consecuencias ambientais (das súas políticas e programas) e non outras.

2. O medio ambiente no Estado do benestar

Malia a importancia da materia e do enfoque analizado, o caso é que a protección do medio ambiente non foi unha cuestión clave e unha prioridade nas axendas governamentais ata avanzada a segunda metade do século XX. Teremos que agardar ata o final da Segunda Guerra Mundial para, en liña coa xeneralización das intervencións do Estado sobre a sociedade, que as políticas medioambientais se comecen a desenvolverse morna-mente en Europa. En España non será ata os anos 80 cando comece, de forma decidida, este desenvolvemento particular da intervención dos poderes públicos na cuestión ambiental, así Muñoz Machado, García Delgado e González Seara (1997:371) sinalan que "Las cuestiones medioambientales, en sus diversas manifestaciones, han pasado a ocupar en las dos últimas décadas un lugar prioritario en el conjunto de las preocupaciones sociales, económicas y políticas". Será, polo tanto, no marco deste Estado benefactor no que se porán en marcha as xa comentadas iniciativas públicas ambientais (articuladas a través das súas correspondentes políticas e programas), e no que se terán que converter os recursos en actuacións con resultados, co fin de intentar mellorar, entre outros aspectos, a calidade de vida dos cidadáns.

En resumo, con esta evolución (cualitativa e cuantitativa) pótencianse as incipientes políticas sectoriais medioambientais (iniciadas timidamente como vimos nos anos 70 e consolidadas nos 80 e 90³), froito entre outros do impulso dos novos movementos sociais e do actual movemento asociativo e do voluntariado, institucionalizándose un terceiro sector de actividade (fóra do estrictamente público e privado⁴) que mantén viva esta preocupación pola calidade de vida do noso contorno.

3. Políticas públicas ambientais

Tendo en conta que mostramos parte da problemática conceptual do medio ambiente e a súa relación co home e os sistemas (sociais-governamentais) que este articulou para o seu desenvolvemento, hai que analizar un pouco máis en profundidade a realidade político-administrativa na cal estes sistemas teñen lugar. Como sinalamos, o ambiental introdúcese na axenda dos gobernos occidentais con posterioridade á segunda grande guerra, e sofre unha lóxica evolución en canto ás súas distintas aproximacións, intensidades e, sobre todo, obxectivos, debido

³ Segundo o Ministerio de Medio Ambiente (1996), "El gasto total consolidado –es decir, descontadas las transferencias internas– que vino dedicando el conjunto de las administraciones públicas al medio ambiente, en relación con su respectivo gasto total, se mantuvo desde 1987 en unos niveles porcentuales crecientes, salvo una ligera disminución en el año 1991, y la brusca bajada en 1993, llegando a índices similares a los de 1987", *vid.* Ministerio de Medio Ambiente, *Medio Ambiente en España, 1995*, Madrid, 1996, páxs. 223-234.

⁴ *Vid.*, Varela Álvarez, E. J., "El Tercer Sector: Una visión descriptiva de las asociaciones en España y Galicia", *Actualidad Administrativa*, n.º 18, Madrid, 1998.

fundamentalmente á presión das belixerantes ONG dos anos 70 e 80; por esta razón as políticas públicas ambientais non son agora as que foron na súa orixe.

Pero ¿que é, ou como poderíamos denomina-lo que son políticas públicas ambientais?; se temos en conta o tradicional enfoque de análise das políticas públicas (Canales Aliende, 1987; Subirats, 1989 E 1994; Bañón, 1997, Tamayo, 1997) e destacámo-la visión emerxente e intergubernamental das accións públicas sobre o medio ambiente (Agranoff, 1993 e 1997; Aguilar Fernández, 1997 e 1998⁵; Gomá e Subirats, 1998), poderíamos defini-las *políticas públicas ambientais* como o *conxunto de decisións, fixación de obxectivos e accións que levan a cabo un ou varios gobernos (nos seus distintos niveis) para solucionar os problemas ambientais que unha sociedade e os seus respectivos poderes públicos consideran prioritarios*. Das actuacións anteriores sobresae unha macrocategoría na intervención dos poderes públicos no campo do ambiental: a protección; a cal sería analizada en varias políticas e programas sectoriais, que tenderían a incidir sobre o particular, actuando de forma máis concreta (tanto no caso europeo coma no español e, por suposto, das distintas CCAA, esta actuación representaríase na segmentación dos distintos problemas como poderían se-la loita contra o avance da desertificación, a calidade das augas e a optimización do seu uso, a xestión dos residuos, a calidade do medio ambiente urbano...). Pola súa vez estes problemas aparecerían con distinta intensidade, en diferentes fases das políticas públicas (formulación, aplicación metodolóxica e avaliación) e nos distintos niveis de goberno (UE-ACE-CCAA-EELL), segundo a realidade ambiental que analicemos.

O que si parecería estar claro, en todo caso, é que, na actualidade, as políticas públicas medioambientais⁶ figuran con toda a súa relevancia nos primeiros planos das axendas goberna-mentais, en paridade (¿ou case?) coas tradicionais actividades de benestar como son a política educativa, sanitaria, de protección social e de vivenda, segundo consta no seguinte cadro:

Políticas públicas tradicionais	Políticas públicas emerxentes ou de terceira xeración
■ Educación	■ Medio ambiente
■ Sanidade	■ Telecomunicacións
■ Protección social	■ Linguas
■ Vivenda	■ Inmigración
	■ Mulleres

Vid., Gomá e Subirats, 1998

⁵ No mesmo sentido Aguilar Fernández sinala as políticas ambientais "como el conjunto de actividades públicas (y privadas) que persiguen corregir y prevenir la contaminación, restaurar y preservar el equilibrio de los ecosistemas, proteger la flora y la fauna, y promover el uso equilibrado y eficiente de los recursos naturales (Aguilar, 1997)"; vid., Aguilar Fernández, 1998, páx. 249-269.

⁶ Vid. *infra.*, o esquema do enfoque sistémico da conceptualización do medio ambiente, no que se amosan as políticas ambientais de *terceira xeración*, de xestión global do medio ambiente, e das súas correspondentes políticas e programas sectoriais.

4. A descentralización e as relacións entre os distintos niveis de goberno españois nas políticas públicas ambientais

Pero, tal e como sinalamos, as actuacións públicas en medio ambiente son variables, tanto en cantidade como en calidade, dada, entre outras razóns, a complexa rede de niveis de gobernos (ou gobernos multiorganizativos) que existen nun mesmo territorio e que incluso poden chegar a te-las mesmas competencias sobre as mesmas cuestións.

No caso español, a descentralizada estrutura político-administrativa facilita, dende a Constitución de 1978, o marco multiorganizativo anterior; mais isto non sempre foi así, xa que como se pon de relevo en Bañón e Tamayo (1994), Ramos Gallarían (1994), Carrillo (1996) e Bañón, Ramos e Tamayo (1996), esta realidade político-administrativa produciu, como fito máis destacado, unha reformulación dos papeis e en consecuencia, unhas novas relacións e modos de actuación entre os distintos niveis de goberno con competencias en materias ambientais. Segundo Bañón e Tamayo (1994) esta descentralización conduciría entre outros: a cambios na formulación das distintas políticas; unha perda do monopolio regulativo e a aparición do conflito intergubernamental; unha coparticipación nas áreas de acción públicas; un incremento das redes de coordinación intergubernamental entre os distintos niveis de goberno (sobre todo entre os subnacionais –CCAA/EELL–); e, por último, un cambio e un novo repartimento no sistema de financiamento do Estado.

Máis concretamente e se seguimos a Fuentes Bodelón (1982) e a Aguilar Fernández (1998), a evolución das relacións que se produciron entre os diferentes niveis de goberno en relación coas políticas ambientais en España poderíamola reflectir no seguinte cadro:

Etapas	Fitos
Primeira etapa: 1812-1835	■ Iníciase co réxime constitucional no que coexiste unha ampla autonomía local en materia ambiental.
Segunda etapa: 1835-1931	■ Coincide co establecemento definitivo da división provincial e coa asunción dos xefes políticos ou gobernadores civís de facultades sobre o medio ambiente que antes tiñan os concellos, nun proceso de concentración de poder similar ó modelo francés.
Terceira etapa: 1931-1936	■ Cinguese ó establecemento da II República, e á creación do Estado con tendencias rexionalistas, cun importante traspaso de competencias do centro á periferia, ademais da supresión de facultades dos gobernadores a favor dos delegados dos distintos ministerios.

Etapas	Fitos
Cuarta etapa: 1936-1978	Supón o retorno á centralización, pero para facer máis efectiva esta concentración de poder respéctanse e os delegados do Goberno aumentan na periferia.
Quinta etapa: 1978-1982	Significa o establecemento do Estado das autonomías, e recoñécese constitucionalmente o medio ambiente e asumen os distintos estatutos de autonomía parte destas consideracións; procédese, ademais, ó repartimento de competencias ambientais entre o Estado-CCAA, e recoñécese a importancia das instancias internacional (sobre todo europea) e local.
Sexta etapa: 1982-1986	España asina o Tratado de Adhesión ás Comunidades Europeas, e perfílase o peche do Estado das autonomías en materia de medio ambiente, de maneira que se consolida o marco legal e o institucional en cada unha das dezasete CCAA (na maioría delas prolóngase ata os inicios da década dos noventa).
Sétima etapa: 1986-en diante	Prodúcese o dobre proceso de <i>integración internacional</i> (desprazamento do <i>locus</i> da actividade lexislativa ambiental da ACE á UE, e a posta en marcha dos distintos plans sectoriais ambientais) e <i>descentralización</i> , coa consecuencia directa da potenciación e a intensificación das relacións entre as CCAA e os EELL.

Como vemos no cadro, no caso do medio ambiente e das distintas políticas que se poñen en marcha para a súa protección, esta descentralización complicou aínda máis, se cabe, o sistema de actuación dos distintos niveis de goberno, xa que coexisten uns niveis competenciais que delimitan e restrinxen estes mesmos ámbitos de actuación. Como sinala Fuentes Bodelón (1982:115), o problema da xestión ambiental nun marco descentralizado prodúcese coa existencia de competencias concorrentes ou compartidas e interrelacionadas que precisan de permanentes e actuais instrumentos de coordinación entre os distintos niveis de goberno implicados. Así, en Europa (onde algunhas das súas disposicións –sobre todo directivas– supoñen a transposición obrigatoria ós estados membros e ós gobernos subnacionais que os compoñen) varios estados nacionais descentralizados viron cómo nos seus respectivos niveis subnacionais de goberno (rexionais e locais) se produciu unha asunción de competencias que cando menos escureceu e complicou a “diáfana” e tradicional delimitación constitucional en materia ambiental. Se descendemos un pouco máis e fixémo-la nosa vista nas relacións que, froito desta descentralización se producen entre as rexións e os concellos, podemos afirmar con maior rotundidade a súa gran confusión. É por iso polo que se precisa un nova orientación, máis encamiñada cara á solución de problemas, que trate a coordinación e xestione o conflito que pode aparecer entre os múltiples niveis de goberno implicados nas políticas públicas medioambientais.

5. As RIG e a XIG no medio ambiente

Froito do marco descentralizado anterior xorde a necesidade de que os distintos gobernos implicados en actividades medioambientais actúen de forma máis interdependente, e superen a clásica conceptualización dos estados como unitarios-federais, tal e como sinala Agranoff (1993); por iso consideramos que unha aproximación axeitada á hora de constatar e analizar realidades político-administrativas complexas é o enfoque das relacións intergubernamentais (as RIG) e a xestión intergubernamental (XIG). Isto é así sobre todo en materia ambiental, xa que como sinala o Ministerio de Medio Ambiente (1996:11), "Los problemas de las aguas, de la atmósfera, de la contaminación de los suelos se presentan muy en concreto para cada uno de nosotros, pero no se puede abordar sólo con una visión local estrecha. Este tipo de cuestiones, como la mayoría de los problemas ambientales, no respetan las fronteras políticas o administrativas y para afrontarlas son necesarios acuerdos entre todas las administraciones implicadas. Las grandes líneas de actuaciones las señala la normativa europea, y su aplicación en España se puede encontrar con el problema de la división de competencias entre los distintos niveles de la Administración".

As RIG serían definidas, segundo a clásica conceptualización de Anderson (1960) como "un importante contingente de actividades o interacciones que tienen lugar entre unidades de goberno de todo tipo y nivel territorial de actuación"; a definición xa contén unha profunda carga multiorganizativa e de interdependencia sobre os asuntos medioambientais analizados, froito da enorme cantidade de actores implicados (públicos, privados, pero tamén mixtos -as ONG-), gobernos e niveis territoriais de actuación, ademais de mecanismos de interrelación e recursos utilizados, cada vez en maior medida sen suxeición ós límites formais entre organizacións e estas unidades, e sobre todo pola crecente importancia do principio de subsidiariedade e a potenciación do principio "pensar globalmente y actuar localmente" (Novo, 1996:168).

Mais a verdadeira importancia do enfoque das RIG para analizar e adoptar solucións para os problemas das políticas públicas ambientais radica, segundo Agranoff (1993)⁷ no seguinte:

■ En primeiro lugar, as RIG transcenden as pautas de actuación gobernamental constitucionalmente recoñecidas, e inclúen gran variedade de relacións entre o nivel nacional e local, entre o nivel intermedio (estados, rexións ou provincias) e o local, e/ou entre as diversas unidades de gobernos locais; ademais, introdúcense na análise outro tipo de organizacións (as

⁷ Vid., Agranoff, 1993, páxs. 88, 89; *op. cit.*, Wright, D. S., 1988.

ONG) que poden (e deben) formar parte da política ambiental en cuestión.

■ En segundo lugar, nas RIG hai que destaca-la importancia do elemento humano, xa que as relacións entre os gobernos non se producen se non as levan a cabo as persoas que nelas traballan e dirixen estes gobernos e as súas distintas unidades.

■ En terceiro lugar, as relacións entre os distintos empregados supoñen un continuo contacto e intercambio de información e puntos de vista sobre a política desenvolvida, o que sen dúbida axuda á aplicación metodolóxica das iniciativas desenvolvidas polas distintas unidades de goberno.

■ Hai que destacar, en cuarto lugar, o feito de que tódolos empregados públicos son participantes potenciais nos procesos intergubernamentais de adopción de decisións (en maior ou menor medida).

■ Por último, as RIG caracterízanse pola súa vinculación coas políticas públicas, xa que fan referencia ó conxunto de intencións e accións (ou non accións) dos empregados públicos, así como ás súas consecuencias nas políticas estudadas, nas diferentes fases de formulación, aplicación metodolóxica e avaliación.

Mais se as RIG son as interaccións entre varios niveis de goberno, a xestión intergubernamental (XIG) fai referencia á execución diaria das ditas interaccións, xa que, como sinala Agranoff (1997:125,126), "Los gestores y especialistas de los programas tienen unos conocimientos básicos de las ramificaciones legales, técnicas, fiscales y políticas de sus programas. Tienen que realizar transacciones con empleados públicos de otros gobiernos que poseen unos conocimientos y un nivel de responsabilidad similares". Concluiremos, polo tanto, que as RIG serían o marco de análise mentres que a XIG suporía a aplicación de técnicas concretas ó marco anterior, que Agranoff (1997;145) define como "las transacciones diarias o relaciones informales entre los elementos gubernamentales componentes de un sistema político-administrativo". A XIG reúne entre as súas características principais unha orientación cara á resolución de problemas e ó cumprimento de obxectivos, proporciona mecanismos para entender e actuar sobre o sistema real (non só o formal-normativo), e, ademais, supón unha énfase nos contactos e o desenvolvemento de redes de comunicación (cuestión fundamental nos problemas ambientais).

Por outro lado, a XIG contén unha serie de instrumentos ou técnicas de aplicación ás distintas políticas e programas públicos, que supoñen a xestión cotiá dos asuntos públicos; entre ela, segundo Agranoff (1991 e 1997) destacan:

1. Planificación, xestión “descendente” ou coordinación.
2. Adquisición e administración de subvencións intergubernamentais.
3. Regulación.
4. Reforma da estrutura legal.
5. Revisión de procedementos.
6. Desenvolvemento da capacidade de actuación.
7. Xestión de programas.
8. Xestión de políticas.
9. Negociacións.
10. Resolución de problemas.
11. Xestión cooperativa.
12. Xogos políticos.

Como se puido observar, tanto o punto de vista das RIG como o da XIG, supoñen un modo de analiza-la realidade das políticas públicas medioambientais cando menos complementario, por exemplo á tradicional análise de políticas (máis económica, política ou normativa e xurídico-formal), coa que se incorporan ademais virtudes no estudio das diferentes redes de políticas (moi numerosas no medio ambiente en forma de asociacións e ONG) e da análise da decisión-aplicación metodolóxica dende unha perspectiva máis interdisciplinar.

6. Conclusións e tendencias

Neste breve repaso da actuación pública sobre a materia ambiental, que configuran as actuais políticas públicas ambientais, poderíamos concluí-lo seguinte:


■ A necesidade de aborda-los problemas ambientais dende unha maior multidisciplinariaidade, dándolles maior protagonismo ós enfoques de ciencias sociais.

■ Dende estes enfoques a análise das estruturas político-administrativas revélase fundamental para protexe-lo medio ambiente e mellora-la calidade de vida dos cidadáns nun marco de sostibilidade. Todo iso sen perder de vista o medio ambiente dende unha perspectiva de sistemas co fin de integra-los seus distintos e heteroxéneos subsistemas (metas e valores, técnico, estrutural, psicosocial e administrativo ou político-administrativo).

■ Evolución dende a inexperiencia inicial na forma de trata-lo problema ambiental por parte dos gobernos, ata o desenvolvemento das políticas públicas ambientais (terceira xeración) no marco actual de descentralización do Estado de benestar.

■ A descentralización favorece o contorno intergubernamental no cal se desenvolven estas políticas ambientais, e a necesidade de adoptar enfoques (RIG e XIG) dirixidos á solución dos seus problemas, a mitiga-la confusión das competencias concorrentes e compartidas, e a mellora-los mecanismos de coordinación entre tódolos niveis de goberno, sobre todo os subnacionais (CCAA e EELL)⁸.

A tendencia principal que se podería extraer de toda a análise anterior estase a debuxar no horizonte político-administrativo inmediato nacional, e pasa pola actual negociación do *Pacto local* (tanto o galego coma o nacional). O peche do modelo descentralizador deseñado na Constitución de 1978, discorre polo camiño do que Carrillo (1996) denomina a *segunda xeración de reformas*, é dicir, unha segunda descentralización, esta vez intrarrexional, que consolide os entes locais españois como organizacións de xestión en desenvolvemento do principio de subsidiariedade.

A aplicación destas “boas prácticas” político-administrativas non é cuestión banal xa que, por exemplo, o caso da catástrofe de Doñana ilustraría o “doado” que pode chegar a ser evitar (xa non dicimos resolver) un problema de tal magnitude simplemente desenvolvendo preceptos que xa están nas leis, pero que necesitan aplicación. É, en definitiva, unha cuestión de vontade política e administrativa. 

⁸ Con motivo da catástrofe de Doñana, a Comunidade Autónoma de Galicia (5-5-1998) e a de Madrid (3-5-1998) tomaron a iniciativa ó anunciaren normativas especiais para previr riscos medioambientais, co fin de coordinar a tódalas administracións implicadas e con competencias na materia, e de articular fondos que afronten os desastres ecolóxicos.

Bibliografía

- AGRANOFF, R., "Marcos para el análisis comparado de las relaciones intergubernamentales", *Papeles de Trabajo de Gobierno y Administración Pública*, n.º 0291, Instituto Universitario Ortega y Gasset, Madrid, 1991, páxs. 1-45.
- AGRANOFF, R., "Las relaciones intergubernamentales y el Estado de las Autonomías", *Política y Sociedad*, 13, Madrid, 1993, páxs. 87-105.
- AGRANOFF, R., "Las relaciones y gestión intergubernamentales", en BAÑÓN e CARRILLO (comps.). *La nueva Administración Pública*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, páxs. 125-170.
- AGUILAR FERNÁNDEZ, S., *El reto del medio ambiente. Conflictos e intereses en la política medioambiental europea*, Alianza Universidad, Madrid, 1997.
- AGUILAR FERNÁNDEZ, S., "Las políticas de medio ambiente entre la complejidad técnica y la relevancia social", en GOMÁ e SUBIRATS (coords.), *Políticas Públicas en España. Contenidos, redes de actores y niveles de gobierno*, Ariel Ciencia Política, Barcelona, 1998, páxs. 249-269.
- BAÑÓN, R., e TAMAÑO, M., "Las relaciones intergubernamentales en España: El nuevo papel de la Administración Central en el modelo de relaciones intergubernamentales", relatorio presentado para o Simposio Quince años de Estado de las Autonomías, Vitoria-Gasteiz, 1994, páxs 1-91.
- BAÑÓN, R., RAMOS, J. A. e TAMAYO, M., "El sistema de relaciones intergubernamentales y la legitimidad de la acción pública en el Estado de las Autonomías", *Papeles de Trabajo de Gobierno y Administración Pública*, n.º 1295, IOUG, Madrid, 1996, 1-45.
- BAÑÓN, R., "Los enfoques para el estudio de la Administración pública: orígenes y tendencias actuales", en Bañón e Carrillo (comps.), *La nueva Administración Pública*, Alianza Universidad, Madrid, 1997, páxs. 17-50.
- BIFANI, P., "El desafío ambiental como reto a los valores de la sociedad contemporánea", en Novo e Lara (coords.), *La Interpretación de la Problemática Ambiental: Enfoques Básicos I*, UNED, Madrid, 1997, páxs. 19-71.
- CANALES ALIENDE, J. M., *Panorama actual de la Ciencia de la Administración*, Los Cuadernos del CED, INAP, Madrid, 1987.
- CARRILLO BARROSO, E., "El gobierno y la Administración Local en el Estado de la Autonomías", *Papeles de Trabajo de Gobierno y Administración Pública*, n.º 0695, IUOG, Madrid, 1996, páx. 1-34.
- GOMÁ R., e SUBIRATS, J., "Democratización, dimensiones de conflicto y políticas públicas en España", en GOMÁ e SUBIRATS (coords.), *Políticas públicas en España. Contenidos, redes de actores y niveles de gobierno*, Ariel Ciencia Política, Barcelona, 1998, páxs. 13-20.
- FUENTES BODELÓN, F., "Marco legal y coordinación de los órganos de la Administración responsables de la política ambiental", en VVAA, *Medio Ambiente. Universidad-Empresa-Administración*, Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1982, páxs. 101-158.
- KATS, F. E., e ROSENZWEIG, J. E., *Administración en las organizaciones. Enfoque de sistemas y contingencias*, McGraw-Jill, Madrid.
- MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo I, Editorial Trivium, Madrid, 1991.

El marco constitucional de la potestad sancionadora de la Administración: la aplicabilidad de los principios del proceso penal

Abogado | José Ricardo Pardo Gato

1. Introducción

¹ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Procedimiento Administrativo Común. Comentario a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 424.

La potestad sancionadora de la Administración, que en España ha tenido hasta hace poco tiempo una justificada mala prensa, entendida por los ciudadanos, e incluso por los administrativistas, más como un instrumento de represión de sus derechos y libertades fundamentales que como un poder excepcional que debiera encaminarse a la consecución de un mayor bienestar social, constituye una prolongación un tanto excesiva del poder punitivo del que dispone el Estado en el orden penal. Podría decirse, de acuerdo con Vázquez Iruzubieta¹, que "se trata de un reflejo deformado de esa potestad con la finalidad de reunir un control mayor, más directo y eficaz contra el ciudadano remiso o incumplidor de sus deberes". Por algo suele provocar discusión la dualidad sancionadora penal y administrativa, en tanto que puede o no conculcar la garantía del *non bis in idem*,

la autonomía sancionadora del Derecho administrativo o el nombre y naturaleza de esta clase de sanciones, que en nuestro ordenamiento reciben el nombre de infracciones administrativas (artículos 25.1 y 128.1 CE).

Esta descalificación global de un importante sector doctrinal español, que considera la potestad punitiva del Estado como una realidad poco coherente con el esquema clásico de la división de poderes, no ha impedido que esta misma doctrina sostuviese la necesidad de trasladar al Derecho administrativo sancionador, cuando menos, algunos de los principios garantistas que operan en el orden jurídico penal, extendiéndolos por analogía, como señaló Carrión Martín², a la actuación sancionadora de las Administraciones. Además, nuestro país ha dispuesto hasta hace muy poco de un ordenamiento sancionador "escasamente respetuoso con los derechos de los ciudadanos, compuesto por una amalgama de normas variopintas, a menudo de carácter reglamentario, y en no pocas ocasiones ignorantes del principio de legalidad".

Por consiguiente, es atribuible a nuestra doctrina, y como no a nuestra jurisprudencia, el mérito de haber reivindicado e impuesto, en circunstancias no demasiado favorables, importantes límites jurídicos al uso y abuso burocrático de un poder que en un Estado de derecho ha de tener una naturaleza necesariamente excepcional.

La entrada en vigor de la Constitución de 1978, que paradójicamente ha legitimado el poder represivo de la Administración, supuso un cambio radical del marco jurídico en el que las Administraciones Públicas habrían de desarrollar su actividad. A partir de ese momento las Administraciones quedaron sometidas a la Constitución, a la ley y al derecho, así como a las consecuencias que se derivan del reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas, lo que constituyen límites precisos susceptibles de oponer frente a la actuación de dichas Administraciones.

En este sentido, y en el ámbito de las Comunidades Autónomas, la STC 15/1998, de 22 de enero –BOE de 24 de febrero de 1998³–, señala, en su F.J. n.º 13 –recordando lo ya manifestado por este mismo Tribunal en las SSTC 87/1985 y 196/1996, que las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el marco del Derecho sancionador (artículo 25.1 CE), y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido

² CARRIÓN MARTÍN, M^a Dolores, *La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas*, en *Comentarios ante la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, MAP, Madrid, 1993, p. 107.

³ Sentencia relativa al Recurso de inconstitucionalidad núm. 2559/1992. Ponente: D. Álvaro Rodríguez Bereijo.

⁴ El artículo 105 CE impone la necesidad de sancionar a través de un procedimiento administrativo con un trámite de audiencia y el artículo 106 CE reconoce el derecho a revisar los actos sancionadores ante una instancia judicial.

⁵ La STC 77/1983 consideró conveniente el no recargar excesivamente las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, así como de dotar de mayor eficacia al aparato represivo en relación con los mismos.

⁶ Artículo 127.3 LRJPAC: "Las disposiciones de este Título (del Título IX) no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual".

Este precepto constituye una clara incidencia en las relaciones jurídicas de sujeción especial, puesto que excluye del ámbito de la LRJPAC los procedimientos disciplinarios que las Administraciones Públicas deban incoar respecto a su personal funcionario o a su personal laboral (artículo 127.3 y Disposición Adicional 8ª LRJPAC). La exclusión de los procedimientos disciplinarios del ámbito de esta Ley no debe ser inconveniente para entender, como hacen Garrido Falla y Fernández Pastrana en su libro *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio*

respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio español.

Asimismo, la Constitución condicionó el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración a la observancia de determinados procedimientos y garantías judiciales⁴ y el Tribunal Constitucional ha intentado reforzar las garantías del procedimiento sancionador al entender incorporadas a dicho procedimiento las garantías previstas en el artículo 24 CE para los procesos judiciales⁵.

Por otro lado, y en el momento presente, la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas y el procedimiento establecido para su ejercicio se encuentran regulados por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPEPS).

Así, la LRJPAC, en su Título IX, bajo la rúbrica "De la potestad sancionadora", establece los principios que deben presidir el ejercicio de tal potestad y las garantías del procedimiento sancionador. Por tanto, la Ley comprende los principios de Derecho sustantivo referidos a las infracciones y sus sanciones, y los principios de Derecho procesal. Los principios del Derecho sustantivo sancionador protegen a los ciudadanos en la medida en que impiden a las Administraciones Públicas ejercer la potestad sancionadora al margen de los principios de reserva de ley, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción, irretroactividad de la norma sancionadora desfavorable y *non bis in idem*. El Derecho procesal y sus principios protegen a los ciudadanos en la medida en que impiden que las Administraciones Públicas ejerzan la potestad sancionadora al margen de la garantía que constituye el procedimiento administrativo sancionador⁶.

Por otro lado, al no contener la LRJPAC normativa alguna sobre los distintos trámites de los procedimientos sancionadores, era necesario regular un procedimiento general sancionador, exigido por el principio de seguridad jurídica y por la necesidad de salvaguardar el interés general⁷. Para ello se dictó el RPEPS.

de la ley 30/1992), que muchos de los principios que se contienen en su Título IX son de aplicación general y, por consiguiente, por imperativo de la Constitución Española, han de presidir el esquema fundamental que rige el procedimiento de los funcionarios públicos y cualesquiera otras disposiciones específicas de este carácter.

⁷ Exposición de Motivos del Real Decreto 1398/1993.

Estas normas (la LRJPAC y el RPEPS) configuran unas reglas "comunes" –en el sentido expresado por el artículo 149, apartado 1, número 18 de la CE– las cuales, como acertadamente señaló Garberí Llobregat⁸, se constituyen en un "mínimo denominador" de obligada observancia por cualesquiera otras regulaciones provenientes de las Administraciones General del Estado, Autonómica y Local. Las mencionadas reglas comunes, pues, conforman una suerte de "Parte General" del Derecho Administrativo sancionador que presenta la virtualidad de vincular el contenido de las normas sobre procedimientos administrativos de imposición de sanciones desde un doble plano: "ex post", pues a ella deberán atenerse las futuras regulaciones de esta manifestación punitiva de la potestad de la Administración sea el que fuere el nivel del que provengan, y "ex ante", por la necesidad de adecuar a dichos principios las regulaciones entradas en vigor con anterioridad a su promulgación.

No obstante –siguiendo a Garberí Llobregat–, la vigente normativa sobre el régimen jurídico de la Administración sancionadora no surge de la nada, aunque tampoco de la tradición administrativa que se sucede a lo largo del régimen anterior a la reinstauración democrática. Las garantías de orden necesario y fundamental en la actualidad consolidadas, a través de las cuales se atribuyen distintos derechos y prerrogativas a los administrados erigiéndose a un tiempo en auténticas obligaciones para la Administración, no son el fruto de denostadas regulaciones sino una conquista relativamente reciente que aflora paralelamente a la consecución del Estado Social y Democrático de Derecho instaurado por la Constitución de 1978.

En este sentido, la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA)⁹ pretende acoger los cambios operados, tras la aprobación de nuestro texto constitucional, en la organización administrativa y en la composición política del Estado, con la introducción, no sólo de las Administraciones autonómicas, sino de una actividad política de las correspondientes Comunidades Autónomas. Su deseo es el de acomodar esta realidad al hecho de que los órganos correspondientes, los tradicionales y los nuevos, producen actos o se escudan en la inactividad cuando debían actuar¹⁰.

Este nuevo texto legal, dado el escandaloso atasco que viene padeciendo la jurisdicción contencioso-administrativa, que compromete gravemente la eficacia de la tutela jurídica de los derechos cívicos en este ámbito esencial y el entero control de la juridicidad de la actividad administrativa, ha procurado me-

⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El procedimiento administrativo sancionador. Comentarios al Título IX de la Ley 30/1992 y al Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (Real Decreto 1398/1993)*, 3ª edición, Valencia, 1998, pp. 60 y ss.

⁹ La LRJCA, publicada en el BOE núm. 167 de 14 de julio de 1998, entrará en vigor, conforme su Disposición Final Tercera, a los cinco meses de su publicación en el D.O., esto es, el 15 de diciembre de 1998, con la salvedad reconocida en materia de atribución a la jurisdicción social, que se retrasa hasta el año de entrada en vigor del resto de la Ley.

¹⁰ SAINZ DE ROBLES, Federico Carlos, *Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XIX, núm. 4637, 28 de septiembre de 1998.

jorar y simplificar el procedimiento: ha establecido un procedimiento abreviado ante los Juzgados unipersonales no limitado a las llamadas "cuestiones de personal", pero sí limitado por la cuantía; ha introducido prescripciones bienintencionadas para evitar la reproducción de recursos ya resueltos, en materia tributaria y funcional, aprovechando el proceso de ejecución de la primera sentencia; y ha provocado la aparición, tantas veces demorada, de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Así, en opinión del abogado Díaz Roca¹¹, la ampliación objetiva del proceso y la existencia de un Juez unipersonal cercano a la mayoría de la población y que aplica un procedimiento abreviado, presidido por el principio de oralidad, van a conseguir que numerosos asuntos que antes perecían en la vía administrativa, por lo costoso o penoso que resultaba acceder a la vía jurisdiccional, lleguen al conocimiento de los órganos jurisdiccionales.

Para rematar esta introducción, y por lo que respecta al Derecho comparado, que será objeto de desarrollo en el siguiente apartado, este ofrece en el momento actual diversas soluciones que van desde la solución tradicional respetuosa con el principio de división de poderes entendido como reserva del monopolio represivo a los jueces (caso de Inglaterra y Francia), hasta países que mantienen la tradición jurídica de un cierto poder sancionador de la Administración, pasando por aquellos que han evolucionado de la primera a la segunda posición, a través de leyes despenalizadoras que al tiempo han procedido a una codificación de las reglas y principios aplicables a esta nueva actividad administrativa.

¹¹ DÍAZ ROCA, Rafael, *Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción*, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XIX, núm. 4588, 21 de julio de 1998.

¹² Para un análisis histórico comparado de la potestad sancionadora de la Administración véanse ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1924; HEINZ MATTES, *Problemas de Derecho penal administrativo, historia y Derecho comparado*, traducción y notas por RODRÍGUEZ DE VESA, J. M.^a, EDERSA, 1979 (edición alemana de 1977); ENRICO PALIERO, Carlo, *Il "Diritto penale amministrativo": profili comparatistici*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1980, pp. 1254 y ss.; SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Ed. Il Mulino, Bolonia, 1983. En nuestro país, véase PARADA VÁZQUEZ, J. R., *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en la *Revista de Administración Pública*, 1972, pp. 41 y ss., y *Derecho administrativo (parte general)*, Ed. Pons, Madrid, 1989, pp. 327 y ss.

2. Antecedentes y derecho comparado: la aplicación del principio de separación de poderes y el monopolio judicial penal de la potestad punitiva en el siglo XIX

En la mayoría de los Estados europeos, el paso del Estado absoluto al Estado liberal operado en el siglo XIX provocó la progresiva abolición del poder sancionador general de la Administración pública a través de la jurisdiccionalización de los ilícitos de policía¹².

En el Antiguo Régimen al poder del soberano de emitir órdenes para regular el funcionamiento de la Administración Pública se vinculaba la potestad de irrogar directamente sancio-

nes en los supuestos de inobservancia de tales órdenes. En un principio no existía la concepción de una separación del injusto "policial" y del penal, y la diferencia entre justicia y policía, puesto que ambas perseguían la seguridad interior, se cifraba únicamente en la índole de aplicación en la práctica del poder soberano, no en la esencia de la cosa. Así, el Derecho penal policial constituía sólo una parte dentro del ámbito del conjunto del Derecho penal, que abarcaba las acciones menos perjudiciales para el fin último del Estado, la seguridad y el bienestar generales.

Pero tal situación no podía perdurar ni subsistir en el nuevo orden institucional instaurado por la Revolución francesa y caracterizado por una rígida división de poderes, afirmándose en la mayoría de los países del viejo continente, como principio fundamental del Estado de derecho, el denominado "monopolio penal del cuarto poder"; lo que dio lugar a un amplio proceso de "jurisdiccionalización" de la represión, que supuso el traslado de los ilícitos administrativos a la competencia del juez penal.

En Italia, la Ley 2248/1865, de 20 de marzo, sobre procedimiento contencioso-administrativo, atribuyó a la jurisdicción ordinaria el castigo de "todas las causas por contravenciones en las cuales pueda estar interesada la Administración" (artículo 2). Posteriormente, la competencia para sancionar estas contravenciones fue encomendada, por el Código penal de 1930, al *pretore* (juez municipal), y la Administración sólo conservó, como reductos de la antigua concepción, la posibilidad de imponer sanciones en materia tributaria y sanciones disciplinarias en determinadas relaciones de sujeción especial¹³.

En Alemania, el Código Penal del Reich de 1871 –siguiendo el modelo del Código Prusiano de 1851– incluyó entre las contravenciones (*übertretungen*) los "ilícitos de policía y ordenación" (*Polizei e Ordnungsunrechte*), esto es, los ilícitos administrativos. No obstante se admitió, como excepción, que los órganos de policía o administrativos fueran autorizados por una Ley del Land para dictar disposiciones penales sobre contravenciones en las que se podía imponer una multa de hasta ciento cincuenta marcos o arresto de hasta quince días, así como el decomiso¹⁴. Además, los órganos de Finanzas estaban facultados para imponer en caso de infracción de los preceptos sobre contribuciones penas de multa y acordar confiscaciones¹⁵.

En el Derecho francés, con el paso del Antiguo Régimen al nuevo sistema surgido de la Revolución, se eliminaron los ilícitos administrativos sancionados directamente por la Administra-

¹³ Relaciones de sujeción especial en el ámbito del empleo público o del servicio militar obligatorio.

¹⁴ Algunos Länder hicieron amplio uso de esta autorización y, así, en los Estados meridionales (Bayern, Baden) los ilícitos de policía se regulaban en especiales "Códigos de Policía" (*Polizeis- traugesetz*, cher) y eran atribuidos a la competencia de la Administración Pública.

¹⁵ Vid., HEINZ MATTES, *Problemas de Derecho penal administrativo, historia y Derecho comparado*, cit., pp. 58 y ss.; SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, cit., pp. 25 y ss.

ción, y desde entonces, el monopolio del juez penal se ha mantenido bastante rígido, quedando el poder sancionador administrativo limitado prácticamente a la potestad disciplinaria.

Esta "jurisdiccionalización" o "penalización" de los ilícitos administrativos encuentra dos excepciones en los casos de Austria y Suiza, países que mantuvieron, por distintas razones, la competencia sancionadora de la Administración.

Por lo que respecta al caso español, la formulación legal de procedimientos sancionadores es relativamente reciente. En el siglo XIX no cabe hablar de ellos, porque la legislación administrativa, como se contempla en la Ordenanza de Montes de 1833, ofrecía solamente una regulación de las actas o atestados que levantaban los funcionarios, actas que se hallaban destinadas a jugar como medio de prueba en los procesos penales subsiguientes, según normas tomadas del Derecho francés.

La potestad sancionadora de la Administración no ofrecía entonces la suficiente entidad como para haber sido objeto de atención en la Ley de Bases de 24 de julio de 1889.

Realmente, hasta la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en España no se percibe una preocupación por las garantías frente a la potestad sancionadora y, consecuentemente, no existía una regulación completa de un procedimiento sancionador.

3. Constitucionalización o reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración

Ya desde hace bastante tiempo, en el estudio que el profesor Martín-Retortillo dedicó a las sanciones de orden público¹⁶, se constataba cómo la Administración, que resignó en los Tribunales muchas de sus potestades represivas, conservó un claro poder penal residual, al margen de teorías sobre división o separación de poderes y funciones.

La Norma Fundamental del ordenamiento jurídico español ha constitucionalizado esta potestad. Así, el artículo 25.1 CE, situando en posición de igualdad las categorías de "delitos", "faltas" e "infracciones administrativas", establece primariamente el inequívoco reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración e impone posteriormente la aplicación en dicho ámbito sancionador de todas y cada una de las exigencias inherentes al principio de legalidad penal¹⁷.

¹⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, vol. I, Ed. Tecnos, 1ª edición, Madrid, 1973, p. 21.

¹⁷ La STC 14/1998, de 22 de enero (BOE de 24 de febrero de 1998), relativa al Recurso de inconstitucionalidad núm. 746/1991 -Ponente: D. José Gabaldón López-, se refiere en su F.J. nº 10 al alcance del principio de legalidad penal sobre el Derecho Administrativo sancionador, estableciendo la imperiosa exigencia de predeterminación normativa: "*lex certa*" y "*praevia*": la Ley debe describir "*ex ante*" el supuesto de hecho a que anuda la sanción y la punición correlativa.

Concretamente, el artículo 25.1 estipula que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan infracción administrativa, según la legislación vigente, añadiendo su apartado 3 que la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad, lo que, a sensu contrario, lleva irremediamente a la conclusión de que, en el ámbito castrense, las sanciones administrativas de privación de libertad son factibles, si bien en este caso la protección jurídica al detenido ha de ser total, incluida la posibilidad de habeas corpus, conforme ha sentenciado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 31/1985, de 5 de marzo¹⁸.

¹⁸ Sala Primera. Recurso de amparo núm. 718/1984. Ponente: D. Rafael Gómez-Ferrer Morant. Fundamento Jurídico Segundo (BOE de 27 de marzo).

Por lo que al presente estudio se refiere es interesante la transcripción literal de parte del texto de la referida sentencia:

“El procedimiento de habeas corpus se regula por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, la cual viene a desarrollar lo dispuesto en el artículo 17.4 de la Constitución, que, por lo que aquí interesa, dice así:

“La Ley regulará el procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente.”

Este apartado se encuentra en íntima conexión con lo establecido por los anteriores, y en especial con lo dispuesto en el número 1 del mismo precepto, el cual establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”.

La lectura de este precepto evidencia que la libertad personal reconocida en el artículo 17.1 de la Constitución queda vulnerada cuando se priva de ella a una persona sin observar lo dispuesto en el mismo o en casos o forma no previstos en la Ley. De aquí que el incumplimiento del principio de legalidad punitiva (tipicidad) y procesal pueda configurarse como una vulneración de la libertad personal, en garantía de la cual el propio artículo 17.1 prevé la regulación por Ley de un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Dada la función que cumple este procedimiento, no cabe duda de que comprende potencialmente a todos los supuestos en que se produce una privación de libertad no acordada por el Juez, con objeto de conseguir el resultado indicado si la detención fuera ilegal, en la forma y con el alcance que precisa la Ley Orgánica 6/1984, según se verá más adelante.

Las consideraciones anteriores conducen a la afirmación de que toda persona privada de libertad que considere lo ha sido ilegalmente, puede acudir al procedimiento de habeas corpus. El juez competente, al decidir mediante la oportuna resolución, determinará si la detención es ilegal o no, y acordará lo procedente. Ahora bien, si no calificara de ilegal una privación de libertad en la que no se haya observado el principio de legalidad en el orden punitivo (tipicidad) y procesal, con los efectos consiguientes, la decisión dictada vulneraría el artículo 24.1 de la Constitución, que establece con toda rotundidad tales principios.

En esta línea de razonamiento, no cabe duda de que al mismo resultado habrá de llegarse si la privación de libertad se produce en forma tal que vulnere derechos fundamentales previstos en la Constitución –íntimamente conectados con la libertad personal–, como el artículo 25.3, el cual establece que la Administración Civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad, o el 24.2 en la medida en que consagra unos

valores que han de ser observados cuando se imponen sanciones privativas de libertad por la Administración Militar, tal y como puso de manifiesto con detalle la Sentencia del Tribunal 21/1981, de 15 de junio, “boe” de 7 de julio, especialmente FJ 9 y 10; ello, al subrayar de una parte el valor primordial de la subordinación jerárquica y la disciplina en el ámbito militar, y de otra, con referencia a aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, la necesidad de que el procedimiento disciplinario legalmente establecido haya de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho de defensa; por el momento resulta innecesario una exposición más detenida de esta doctrina, a la que nos remitimos, sin perjuicio de ulteriores precisiones si fueren necesarias para resolver el presente recurso.”

Las últimas regulaciones normativas habidas sobre este sector del *ius puniendi* han venido a ratificar la referida apreciación, incorporando definitivamente al seno de los ilícitos administrativos la vigencia y total efectividad de principios tales como el de reserva de Ley, tipicidad, culpabilidad o irretroactividad, y a la esfera del procedimiento sancionador diversas garantías como la del principio de legalidad procedimental, el principio de proporcionalidad o la presunción de inocencia, entre otras.

Así, y a modo de ejemplo, la reciente STC 169/1998, de 21 de julio, relativa a una supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia en cuanto al valor probatorio de las actas de infracción administrativas, se pronuncia, en su F.J. 2, citando a otra Sentencia del mismo Tribunal (STC 76/1990), en el sentido de que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el apartado 2 del artículo 24 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que pueden defenderse las propias posiciones¹⁹.

Por tanto, y tal y como acertadamente ha señalado el profesor Garberí Llobregat²⁰, la asimilación a estos efectos entre infracciones penales e infracciones administrativas parte en la Constitución del carácter restrictivo de los derechos individuales que se da cita en ambas manifestaciones, lo que conduce a impedir que en el Estado de Derecho pueda producirse dicha injerencia penal o administrativa sin el pleno respeto de semejantes principios y garantías en una y otra sede.

3.1. Jurisprudencia constitucional

De acuerdo con las teorías formalistas que niegan la procedencia de cualquier diferenciación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador²¹, el Tribunal Constitu-

¹⁹ En tal sentido, los principios generales que comporta el derecho a la presunción de inocencia no excluyen el valor probatorio que las actas de infracción pueden llegar a tener; actas en las que los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el transcurso de sus indagaciones y comprobaciones, con la posibilidad de destruir la presunción de inocencia de la que goza todo ciudadano. Así se hizo constar en la STC 76/1990, y se repite en las SSTC

14/1997 y 169/1998, que modulan el contenido del derecho del artículo 24.2 CE. Según esta jurisprudencia constitucional, las actas de inspección poseen un valor que va más allá de la denuncia y gozan de valor probatorio, lo que no significa que las actas disfruten de una absoluta preferencia probatoria que haga innecesaria la formación de la convicción judicial acerca de la veracidad de los hechos empleando las reglas de la lógica y de la experiencia.

²⁰ Vid., GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El procedimiento administrativo sancionador...*, cit., p. 62.

²¹ El máximo representante de las teorías formalistas es Merkl, para quien resulta inadmisibles la distinción basada en criterios materiales entre la sanción penal y la administrativa.

cional ha elaborado una doctrina general²² que básicamente puede condensarse en la fórmula siguiente: *los principios penales son de aplicación, con ciertos matices, a las sanciones administrativas*²³. Pero la jurisprudencia del Alto Tribunal no se ha reducido sólo a la delimitación del contenido esencial del "derecho a la legalidad penal administrativa" sino que se ha extendido también a la exigencia de que los derechos y garantías contemplados en el artículo 24.2 CE sean igualmente aplicables en el procedimiento para la exacción de la responsabilidad penal administrativa.

Así, es prácticamente un lugar común en la jurisprudencia de todos los niveles, así como en la literatura jurídica, que las garantías reconocidas por el artículo 24 CE (en principio dirigidas a los procesos judiciales) son aplicables, con los debidos matices, al procedimiento administrativo sancionador²⁴. Tesis de gran repercusión que inicia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir de sus Sentencias 2/1981, de 30 de enero²⁵, y 18/1981, de 8 de junio²⁶, sobre una justificación doctrinal heredada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la unidad sustancial de todo el Derecho punitivo²⁷; y siendo con-

²² Tempranamente, SANZ GANDASEGUI, *La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, EDESA, 1985. De época más reciente puede consultarse, también, GARBERÍ LLOBREGAT, José, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador: (doctrina del Tribunal Constitucional y reforma legislativa)*, Madrid, Trivium, 1989.

²³ La trascendencia de esta declaración fue advertida prontamente por GARCÍA DE ENTERRIA, E., *La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional*, REDA, 29, 1982, pp. 359 y ss., estudio más tarde incorporado a su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1985, pp. 243 y ss.

²⁴ Por todos, cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, José, *La aplicación de los derechos...*, cit., especialmente pp. 169 y ss.; y BADIOLA GONZÁLEZ, Mikel, *La aplicación modulada al procedimiento administrativo sancionador de las garantías del proceso penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, tomo XI, pp. 215 a 242, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993.

²⁵ Sala Primera. Recurso de amparo núm. 90/1980. Ponente: D. Manuel Díez de Velasco Vallejo. Fundamento Jurídico Cuarto (BOE de 24 de febrero).

²⁶ Sala Primera. Recurso de amparo núm. 101/1980. Ponente: D. Rafael Gómez-Ferrer Morant. Fundamento Jurídico Segundo (BOE de 16 de junio).

²⁷ La polémica sobre la aplicabilidad de determinadas garantías supra o extra constitucionales al procedimiento para depurar las infracciones administrativas no está ni mucho menos resuelta. Cfr. RUBIO DE CASAS, María G., *Potestad sancionadora de la Administración y garantías del administrado. Comentarios a la sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1984: el caso Oztliik*, en *Revista de Administración Pública*, número 104, 1984; y MOITINHO DE ALMEIDA, *La protección de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*, Madrid, Ed. Cívitas, 1993, pp. 97 y ss.

tinuadoras de las mismas, entre otras, las SSTC 77/1983, de 3 de octubre²⁸, y 56/1998, de 16 de marzo²⁹, que, en su F.J. 4, mantiene que los principios esenciales reflejados en el artículo 24 CE en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, sin tener un alcance literal y rechazando toda aplicación mimética.

En este sentido, la STC 18/1981 es clarificatoria al respecto:

“Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales”.

Con la misma orientación se manifiesta el Tribunal Supremo, que ya en 1983, en STS de 3 de octubre del mismo año, igualmente se decanta por aplicar al Derecho administrativo sancionatorio las garantías del orden penal, criticando una posible diferenciación en la materia, y a tal efecto afirma que:

“No cabe duda de que en un sistema en que rigiera de manera estricta la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración. Un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no descargar con exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia el aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados”.

En la citada STC 77/1983 el Alto Tribunal se reafirma en la necesidad de partir de la constitucionalización de la potestad sancionadora de la Administración y así considera que en un sistema en el que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado, esta potestad constituiría un monopolio judicial y no podría estar en manos de la Administración.

Pero un sistema de estas características históricamente nunca ha funcionado en nuestro país, e incluso podría llegar a dudarse de su viabilidad por diversas razones, entre las que pueden citarse la de no recargar en exceso las actividades de la Adminis-

²⁸ Sala Segunda. Recurso de amparo núm. 368/1982. Ponente: D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Fundamento Jurídico Segundo (BOE de 7 de noviembre).

²⁹ Sala Segunda. Recurso de amparo núm. 4241/1994. Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer (BOE de 22 de abril de 1998).

tración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la necesidad de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad respecto de los hechos castigados.

Por eso, el Tribunal Constitucional sigue diciendo:

“... Nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25, apartado tercero, aunque, como es obvio, sometiéndola a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos...”

3.2. La constitucionalización de la potestad sancionadora de la Administración en la LRJPAC y en el RPEPS

De las sentencias referidas en el apartado anterior el Tribunal Constitucional procedió a sentar las bases de una doctrina profusamente desarrollada posteriormente y cuyos caracteres más señalados podrían sintetizarse en los dos siguientes:

a) Se ha mantenido por el Tribunal Constitucional, en primer término, que los principios penales que se derivan del artículo 25 CE son aplicables *con ciertos matices* a la potestad sancionadora de la Administración: principio de legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, proporcionalidad, prohibición de analogía, *non bis in idem...* (entre otras, SSTC 18/1981, 2/1987, 3/1988, 212/1990, 89/1995, 45/1997, 14/1998).

b) De la misma manera, y en segundo término, el Alto Tribunal ha declarado que igual aplicación deben recibir los principios procesales recogidos en el artículo 24 CE, aplicación que ha de efectuarse *en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 CE*: presunción de inocencia, defensa, derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, conocimiento previo de la imputación... (entre otras, SSTC 18/1981, 2/1987, 190/1987, 76/1990, 181/1990, 145/1993, 120/1996, 127/1996, 14/1997, 56/1998, 169/1998).

Se puede afirmar, sin riesgo de equivocación, que el verdadero detonante de la reforma de la potestad sancionadora lo ha sido la abundante jurisprudencia constitucional, recibida con buena dosis de entusiasmo por la doctrina, sobre las garantías que han de rodear el enjuiciamiento de las infracciones administrativas y, en este sentido, con Garberí Llobregat³⁰, no parece problemático afirmar que el legislador español de 1992 no ha hecho sino llevar al derecho positivo, en aras de la seguridad

³⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El procedimiento administrativo...*, cit., p. 63 y ss.

jurídica, la orientación interpretativa elaborada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Pero la comentada orientación jurisprudencial, que definitivamente positiviza el Título IX LRJPAC, no deja de ser criticable. Desde un punto de vista estrictamente dogmático, la doctrina suscrita por el Alto Tribunal resulta irreprochable; en último lugar, el carácter punitivo de la potestad sancionadora de la Administración se refleja como el más sólido baluarte capaz de fundamentar el que ésta se rija por criterios semejantes a los estrictamente penales. Así, es la constatación del precedente resultado la que ha motivado la promulgación de las normas sancionadoras autónomas hoy vigentes en países tales como Alemania (con la *Ordnungswidrigkeitengesetz* de 24 de mayo de 1968), Italia (mediante la Ley 689/1981, de 24 de noviembre, de Modificación del Sistema Penal) o Portugal (a través del Decreto-Ley 433/1982, de 27 de octubre). Desde esta óptica, en suma, delito e infracción administrativa representan instituciones semejantes, de donde se sigue la necesidad de que los procedimientos para enjuiciar uno y otra sean igualmente similares.

Sin embargo, ni desde la perspectiva procesal, ni desde la administrativa, es posible llegar a sustentar idéntica conclusión. Respecto al ámbito procesal, en primer término, la vigencia del principio de exclusividad jurisdiccional (artículo 117.3 CE), por un lado, y el reconocimiento del pleno control jurisdiccional de la actividad administrativa (artículo 106.1 CE), por otro, producen una primera fisura en la orientación debida a la jurisprudencia constitucional. Así, el profesor Garberí llega a formularse la siguiente pregunta: “¿para qué dotar al procedimiento administrativo sancionador de principios que son propios del proceso –y a la autoridad administrativa de garantías características de los Jueces y Tribunales–, si son los órganos conformadores de la Jurisdicción, y no los de la Administración, quienes tienen atribuida en exclusividad la potestad jurisdiccional?, o expresado en otros términos, ¿para qué *jurisdiccionalizar* un procedimiento cuyo resultado final siempre podrá ser revisado ante una sede judicial a la que son inherentes los principios de independencia e imparcialidad y que actúa con estricta sujeción a unos trámites informados por todos los principios penales y procesales enunciados en la CE?”. Ante este interrogante el profesor Garberí entiende acertadamente que la decisión administrativa sancionadora está sometida al control de legalidad que se efectúa en un eventual y ulterior proceso administrativo, donde administrado y Administración, ya con la plena vigencia

de los principios de igualdad y contradicción, podrán reclamar la aplicación de todas las garantías constitucionales.

Por ello, teniendo presente el paulatino abandono, y consiguiente fracaso, de la aspiración de residenciar la oposición jurisdiccional de las sanciones administrativas en un proceso penal y ante los Jueces penales, se hace necesaria la instauración de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo que, previstos por la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 90), viene a regular la nueva LRJCA (artículos 6 y ss.)³¹.

Desde el punto de vista administrativo, la "mimética positivación" llevada a cabo por la LRJPAC de la comentada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha provocado la creación de un procedimiento sancionador "pseudojurisdiccional" e "hipergarantista" que, precisamente por ello, probablemente pueda verse inmerso a corto plazo en la "ciénaga de la lentitud y de la ineficacia" que actualmente aquejan a nuestra Justicia penal.

Por otro parte, de entre las garantías que el artículo 24 CE establece hay algunas que por su propia configuración no son susceptibles de aplicación directa a los procedimientos sancionadores administrativos: en éstos no puede impetrarse la efectividad de la tutela judicial por la sencilla razón de que no hay aún juez que intervenga, y ello sin perjuicio de las relaciones entre ejecutividad del acto sancionador y el derecho a aquella tutela, que es cuestión distinta. Por idénticos motivos, no puede confundirse el requisito de la competencia del órgano administrativo con el derecho al juez predeterminado legalmente. Sin perjuicio de lo cual, incluso estos mismos derechos, en cuanto responden a criterios de objetividad y sumisión a pautas legales predeterminadas, así como a la interdicción de la arbitrariedad, se encuentran también en la base de las correspondientes regulaciones sobre el derecho a los recursos administrativos y la distribución competencial de las Administraciones Públicas³².

Así, y por lo expuesto hasta el momento, podría concluirse que a la hora de implantar el nuevo procedimiento administrativo sancionador, a través de la LRJPAC y del RPEPS, se ha seguido una línea político-legislativa que, si bien incrementa ostensiblemente las garantías de defensa del administrado al tiempo que potencia la imparcialidad de la autoridad administrativa, se muestra contraria a las exigencias de celeridad y simplificación que singularmente debieran presidir la actuación punitiva de la Administración³³, y a las cuales viene a responder la nueva LRJCA.

³¹ La nueva Ley 29/98, que conlleva la derogación total de la muy buena y ya madura Ley de 27 de diciembre de 1956 -Disposición Derogatoria Segunda- incorpora importantes novedades, fruto de la experiencia acumulada, las necesidades sociales y la caótica situación de los Tribunales de la Jurisdicción, pero, al tiempo, es respetuosa al máximo con su predecesora, de la que conserva e incorpora todo aquello que resulta compatible con su filosofía y no discrepa del fin que se persigue.

³² El reflejo de estos derechos-garantía en el texto de la LRJPAC (en concreto, en el Capítulo destinado a "Principios del Procedimiento Sancionador") y en el RPEPS se traduce en los siguientes preceptos: derecho al procedimiento (arts. 134 LRJPAC y 1.1 RPEPS), derecho al órgano administrativo predeterminado (arts. 135 LRJPAC y 10 RPEPS), derecho a la defensa (arts. 135 LRJPAC y 3 RPEPS), derecho al conocimiento de la acusación (arts. 135 y 138.2 LRJPAC y 16.3, 19.1 y 20.3 RPEPS), derecho a la prueba (arts. 137 LRJPAC y 17 RPEPS), derecho a la presunción de inocencia (art. 137.1 LRJPAC), y derecho a la separación instructor-decisor (arts. 134.2 LRJPAC y 10.1 RPEPS).

³³ Así, y en aras de reforma, la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa responde directamente al principio de celeridad y simplificación.

3.3. Las garantías penales y procesales frente al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración

A) *Garantías penales.*

De índole estrictamente penal podría calificarse al primer conjunto de garantías cuya aplicación al ordenamiento administrativo sancionador ha sido de matizado reclamo por la jurisprudencia constitucional. Estas garantías derivan directamente de la posición de igualdad que ocupan delitos, faltas e infracciones administrativas en el enunciado del artículo 25.1 CE a propósito de la consagración del principio de legalidad penal material.

El Tribunal Supremo, siguiendo este criterio, ha establecido la observancia de toda una serie de garantías penales en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

La STS de 10 de febrero de 1986 resalta la aplicación al Derecho Administrativo sancionador de las garantías de legalidad, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad³⁴: "el ejercicio de la potestad punitiva, en cualquiera de sus manifestaciones, debe acomodarse a los principios y preceptos constitucionales que presiden el ordenamiento jurídico-penal en su conjunto; sea cual sea el ámbito en que se mueva la potestad punitiva del Estado, la jurisdicción o el campo en que se produzca, viene sujeta a unos mismos principios cuyo respeto legitima la imposición de las penas y sanciones, por lo que las infracciones administrativas, para ser susceptibles de sanción o pena, deben ser típicas, es decir, previstas y descritas como tales por norma jurídica anterior, antijurídicas, esto es, lesivas de un bien jurídico protegido por el ordenamiento, y culpables, atribuibles a un autor a título de dolo o culpa, para asegurar en su valoración el equilibrio entre el interés público y la garantía de las personas, que es lo que constituye la clave del Estado de Derecho, principios trabajosamente consagrados por la ciencia del Derecho Penal a lo largo de su evolución y que se traducen en los bien conocidos "nulla poena sine lege", "in dubio pro reo", "non bis in idem", prohibición de interpretaciones extensivas, etc..., aplicables por tanto a las infracciones administrativas". En parecido sentido se pronuncia la STS de 30 de mayo de 1981: "careciéndose en el ámbito jurídico-administrativo sancionador de una completa y coherente doctrina general, han de ser en él atendidos aquellos principios fundamentales inspiradores de todo Derecho positivo que evita toda discrecionalidad y se atiene al juego estrictamente jurídico enmarcado por el principio de legalidad, de la tipicidad, antijuridicidad e imputabilidad dolosa o culpable, margi-

³⁴ La STS de 14 de junio de 1989 incide específicamente en el principio de culpabilidad.

nando toda posible interpretación extensiva, analógica o inductiva". Otras sentencias significativas a este respecto son también las SSTs de 6 de julio de 1988, 9 de abril de 1990, 13 de junio de 1990, 14 de septiembre de 1990, 11 de noviembre de 1991, 3 de abril de 1992.

Como señala Garberí Llobregat, al anterior catálogo de principios se podrían sumar los recogidos en las SSTs de 16 de diciembre de 1986, 13 de junio de 1990 y 5 de octubre de 1990, según las cuales "la potestad sancionadora de la Administración, como instrumento de la función de policía en el sentido clásico de la expresión, ofrece un talante intrínsecamente penal, como lo ha venido proclamando el TS y ha obtenido en cada caso las consecuencias de tal premisa en orden a las diversas manifestaciones sustantivas o formales, desde la tipificación a la irretroactividad, desde el principio de legalidad a la prescripción, desde la audiencia del inculcado a la proscripción de la «reformatio in peius»".

Por otro lado, la STS de 26 de febrero de 1990 ha establecido igualmente la observancia del principio de proporcionalidad: "la potestad sancionadora de la Administración ofrece un entorno intrínsecamente penal en orden a las diversas manifestaciones sustantivas o formales, por lo que los principios de este orden han de informar la resolución administrativa sancionatoria, debiendo hacerse el tratamiento técnico-jurídico general del derecho penal, porque el Estado en el ejercicio de su potestad punitiva ha de someterse a unos mismos principios, como lo son el de legalidad, antijuridicidad tipificada, culpabilidad y punibilidad, y más concretamente al de la graduación de la penalidad en los grados o escalones contemplados en el CP para la imposición de la pena globalmente establecida para un hecho, en función de las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, debiendo resaltarse que el principio de proporcionalidad de la sanción no escapa del control jurisdiccional".

Aun más concluyente, con respecto a la exigencia de proporcionalidad en el ámbito administrativo sancionador, es la STS de 7 de marzo de 1996, conforme a la cual "La discrecionalidad que se otorga a la Administración en la imposición de sanciones, dentro de los límites legalmente previstos, debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con

la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras, pues al ámbito jurisdiccional le corresponde no sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también, por paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es de aplicación de criterios valorativos en la norma escrita o inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son, en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción, y aun cuando la voluntariedad del resultado de la acción no sea elemento constitutivo esencial de la infracción administrativa, sí es en cambio factor de graduación de la sanción a imponer para que la misma guarde la debida proporcionalidad con el hecho que la motiva³⁵.

Como se puede apreciar, la genérica proclamación de las SSTC 2/1981, de 30 de enero, y 18/1981, de 3 de octubre, ha sido puntualmente desarrollada por la jurisprudencia mediante una doctrina que, en orden a la aplicación de las garantías penales en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, no deja en el olvido prácticamente ninguno de los contenidos fundamentales que la dogmática ha podido extraer del clásico principio de legalidad penal material.

Buena prueba de ello lo constituye la STC 34/1996, de 11 de marzo, que resume la totalidad de esta doctrina de la siguiente forma:

“El principio de legalidad aludido por su nombre y con alguno de sus elementos (jerarquía normativa y publicidad de las normas) en el art. 9, párrafo tercero, de nuestra Constitución, es inherente al Estado de Derecho como una emanación de ese imperio de la ley, que significa la primacía de ésta pero no su exclusividad y por tanto forma parte muy principal, pero parte al fin, del principio más amplio de la juridicidad acogido en aquellos preceptos, muy numerosos, donde se invocan la ley y el Derecho (art. 103 CE) o el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este principio de legalidad funciona con su más estricta acepción en el ámbito del “ius puniendi” del Estado y de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, identificadas materialmente por la jurisprudencia propia y la europea con un diseño que asume implícitamente nuestra Constitución (art. 25.1), cuyo texto roza el laconismo pero con un contenido que va más allá de sus palabras, como ha puesto de relieve nuestra doctrina desde un principio y a lo largo de los años. Es evidente, por una parte, que recoge el principio cardinal en este ámbito, el establecimiento de una reserva de ley (STC 15/1981),

³⁵ En similar sentido, vid. SSTC de 8 de marzo de 1994, 1 de febrero de 1995, 15 de enero de 1996.

a la cual se traduce la palabra "legislación". Ahora bien, no obstante su parquedad expresiva el texto constitucional analizado hace algo más que asumir como propio el brocardo "nullum crimen nulla poena sine praevia lege" en su estricta formulación y lo incorpora con su entero significado y su proyección en otras facetas, como ocurre tantas veces cuando la Constitución, cuerpo vivo y documento histórico, incide sobre instituciones o tipos abstractos preexistentes (STC 11/1981), cuyo perfil y cuya sustancia da por sabidos, por estar enraizados en un subsuelo cultural. Por ello, este Tribunal ha ido poniendo de relieve, caso a caso, muchas de tales manifestaciones del principio de legalidad penal. No basta con que respalde formalmente el poder estatal de castigar en cualquiera de sus modalidades, sino que va más allá. Exige también la tipicidad, o descripción estereotipada de las acciones o de las omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones (SSTC 2/1981, 37/1982, 62/1982, 182/1990, 102/1994 y 120/1994) que a su vez veda la interpretación analógica de las normas penales y su aplicación extensiva (SSTC 89/1983, 75/1984, 133/1987, 119/1992 y 111/1993), analogía y extensión cuya proscripción opera tan sólo para el Derecho Penal "material" y en perjuicio del acusado, "in malam partem". Un paso adelante, con un rumbo más sustantivo que formal, nos lleva de la mano a las cualidades predicables de la norma penal, desde una concepción más profunda de la legalidad o "legislación", en su acepción constitucional, que deben ser concretas y precisas, claras e inteligibles, sin proclividad alguna a la incertidumbre, lo que se suele llamar "lex certa" y también, académicamente, "taxatividad", sin que sean admisibles formulaciones tan abiertas, por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (STC 105/1988). Finalmente, cabe anotar en el inventario del contenido real del principio de legalidad penal, tal y como se configura constitucionalmente, la proscripción de *ne bis in idem* (STC 2/1981). El denominador común de todas estas manifestaciones se encuentra en la seguridad jurídica, que ha de guiar la actividad de los poderes públicos".

B) *Garantías procesales.*

El artículo 24 CE consagra en su regulación los principios de orden procesal que constituyen el otro gran conjunto de garantías constitucionales de cumplimiento imprescindible en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y cuya aplicación (aplicabilidad con las debidas modulaciones), tal y como mantiene la STC 7/1998, de 13 de enero (F.J. 5)³⁶, debe llevarse a cabo en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, así como la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 CE. El res-

³⁶ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, publicada en el BOE de 12 de febrero de 1998, y relativa al Recurso de amparo núm. 950/1995. Ponente: D. Pedro Cruz Villalón.

De acuerdo con su F.J. 7, en las resoluciones administrativas sancionadoras la necesidad de motivación alcanza una dimensión constitucional que la hace fiscalizable a través del recurso de amparo: la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito.

peto de tales garantías en el procedimiento administrativo sancionador también encuentra su fundamento en la naturaleza propiamente penal de la potestad administrativa sancionadora (STC 29/1989, de 6 de febrero).

De lo preceptuado en el artículo 24 CE se ha destacado, entre otras por la STS de 30 de marzo de 1988, la vigencia en el ámbito punitivo de la Administración de garantías tales como el derecho de defensa, derecho a la prueba, derecho a la presunción de inocencia, la prohibición de indefensión, el principio de legalidad procedimental... Así, de acuerdo con lo declarado por el Tribunal Supremo en esa sentencia, "aunque el art. 24 CE no alude expresamente al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, las garantías procesales establecidas en dicho precepto son de aplicación en los procedimientos administrativos sancionadores, de manera que los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de la decisión, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y haga firme; por el contrario, la garantía de orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculcado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga".

La vigencia en este ámbito del principio de legalidad procedimental también ha sido reseñada por la STS de 28 de febrero de 1989, según la cual "el Derecho Administrativo sancionador, habida cuenta de su paralelismo, en lo esencial, con el Derecho Penal, permite que el primero se encuentre informado de los principios sustanciales de este último, de obligada observancia en la actividad procesal punitiva de la jurisdicción penal; así, en la actividad administrativa sancionadora no se puede desconocer la necesidad de observar las normas de procedimiento como garantía fundamental de la persona expedientada, de cuya garantía no puede ser privada sin vulnerarse con ello el art. 24 CE".

Asimismo, la STS de 20 de junio de 1990 declaró "la aplicabilidad de los principios penales en el campo de la potestad sancionadora de la Administración y ello no sólo en los aspectos jurídico-materiales, sino también en los procedimientos: el procedimiento sancionador debe ofrecer en su seno las oportunidades de defensa necesarias para evitar la carga de tener que

acudir necesariamente al proceso ante la falta de garantías de las actuaciones administrativas”.

Pero la declaración jurisprudencial más clarificadora con respecto a la aplicación de las garantías procesales del artículo 24 CE al procedimiento administrativo sancionador es la recogida en la STC 89/1995 (a la que fielmente se ciñe la posterior STC 45/1997), de acuerdo con la cual “...constituye una doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (así, por ejemplo, Sentencias del TEDH de 8 de junio de 1976 –asunto Engel y otros–, de 21 de febrero de 1984 –asunto Oztürk–, de 28 de junio de 1984 –asunto Cambell y Fell–, de 22 de mayo de 1990 –asunto Weber–, de 27 de agosto de 1991 –asunto Demicoli–, de 24 de febrero de 1994 –asunto Bendenoun–), la de que los principales principios y garantías constitucionales del orden penal y del proceso penal han de observarse, con ciertos matices, en el procedimiento administrativo sancionador y, así, entre aquellas garantías procesales hemos declarado aplicables el derecho de defensa (STC 4/1982) y sus derechos instrumentales a ser informado de la acusación (SSTC 31/1986, 190/1987, 29/1989) y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (SSTC 2/1987, 190/1987 y 212/1990), así como el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 13/1982, 36 y 37/1985, 42/1989, 76/1990, 138/1990), derechos fundamentales todos ellos que han sido incorporados por el legislador a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común (Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre); e incluso garantías que la Constitución no impone en la esfera de la punición administrativa –tales como, por ejemplo, la del derecho al “Juez imparcial” (SSTC 22/1990 y 76/1990) o la del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 26/1994)–, también han sido adoptadas en alguna medida por la legislación ordinaria, aproximando al máximo posible el procedimiento administrativo sancionador al proceso penal”.

4. Sanciones penales y sanciones administrativas

En el año 1976 el profesor Enterría³⁷ sostenía que, frente al refinamiento de los criterios y de los métodos del Derecho penal, el Derecho sancionatorio administrativo ha aparecido, durante mucho tiempo, como un derecho represivo primario y arcaico, donde tenían cabida antiguas y groseras técnicas prebeccarianas.

Esta situación quedó superada tras la entrada en vigor de nuestra Constitución, en donde la sanción penal y administra-

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 10, julio-septiembre de 1976, pp. 399 a 430.

tiva reciben la misma consideración (artículo 25), lo que nos remite nuevamente a la ya comentada declaración del Tribunal Constitucional, recogida en su citada Sentencia de 8 de junio de 1981.

Que ésta es la interpretación que mejor se acomoda al bloque de la legalidad lo confirma la Sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1984 (caso Öztürk)³⁸, en la que se precisa que, vista la Convención de Roma de 1954, las contravenciones administrativas son infracciones penales y por tanto –como manifiesta insistentemente Gracia Rubio³⁹– deben cumplirse las previsiones recogidas en el artículo 6 de la Convención.

La trascendencia de la declaración del TEDH no puede ni debe ignorarse, porque –como señala Suay Rincón⁴⁰– considerar que una contravención administrativa es una infracción penal, equivale a afirmar que entre un ilícito penal y otro administrativo no existen diferencias de relieve y que la potestad sancionadora de la Administración pertenece al mismo *genus* que la de los jueces penales.

Así, hoy en día puede sostenerse la tesis mantenida por Rodríguez Mourullo⁴¹ de que los ilícitos y las sanciones adjetivadas como “administrativas” tienen naturaleza “penal”, debido fundamentalmente a la quiebra que a la doctrina de la división de poderes supone el hecho de que la Administración ostente un poder sancionador⁴².

En este sentido, la reciente STC 57/1998, de 16 de marzo⁴³ (BOE de 22 de abril de 1998), en su F.J. 4, se refiere a la improcedencia de extender el concepto de sanción administrativa a medidas que no responden verdaderamente al ejercicio del “ius puniendi” del Estado: posibilidad de otras figuras entre sanción e indemnización, con finalidad disuasoria y no sancionadora, tales como las multas coercitivas, recargos tributarios o tributos con función extrafiscal.

En palabras del profesor Garberí Llobregat⁴⁴, por infracción administrativa ha de entenderse “aquel comportamiento contraventor de lo dispuesto en una norma jurídica al que se aplica una sanción consistente en la privación de un bien o un derecho, y que no aparece calificado en el ordenamiento jurídico como delito o falta”; y como no es posible un contraste a nivel ontológico, la única vía accesible para evitar el peligro de la elusión de las garantías del Convenio de Roma en tanto que aplicables al injusto administrativo –que apuntaba el TEDH– resulta ser la aplicación de los principios penales materiales y procesales penales al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, tal y como ha establecido el Título IX de la LRJPAC.

³⁸ Según esta Sentencia del TEDH, “la relativa suavidad de la pena a la que se arriesga el infractor no afecta a la intrínseca naturaleza penal de la infracción administrativa”.

³⁹ RUBIO DE CASAS, María G., *Potestad sancionatoria de la Administración y garantías del administrado...*, cit., pp. 375 a 390.

⁴⁰ SUAY RINCON, José, *El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 109, enero-abril de 1986, p. 214.

⁴¹ Entre las muchas formulaciones que se han realizado en busca de una distinción cualitativa entre pena y sanción administrativa, RODRIGUEZ MOURULLO mantenía que “la sanción será administrativa si se impone en virtud de las facultades correctivas y disciplinarias de la Administración... Será pena si se impone en virtud del *ius puniendi* que corresponde al Estado-comunidad”.

⁴² Cfr., STS 4^a de 2 de noviembre de 1981.

⁴³ Sala Segunda. Recurso de amparo núm. 999/1995. Ponente: D. José Gabaldón López.

⁴⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El procedimiento administrativo sancionador*, cit., p. 75.

5. Entrecruzamiento entre los principios del proceso penal y la configuración de la actuación administrativa

Teniendo presente lo expuesto en el apartado anterior, cuando nuestra Ley Fundamental contempla en el artículo 25 la potestad sustantiva, alude expresamente a las sanciones administrativas y a las sanciones penales. No obstante, cuando regula el aspecto procedimental, sólo hace referencia a las garantías del proceso penal, como se desprende de la dicción literal del artículo 24.2, cuyo tenor es el siguiente:

"2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario prede-terminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables, y a la presunción de inocencia."

De acuerdo con el profesor Badiola González⁴⁵, "la omisión de toda referencia en ese precepto a las sanciones administrativas, a diferencia de lo que ocurre en el art. 25, podría hacer pensar que las garantías establecidas constitucionalmente para el proceso penal en el art. 42.2 no son aplicables fuera del mismo y, en consecuencia, que resultan ajenas al procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, tampoco puede olvidarse la identidad de naturaleza entre las sanciones penales y las administrativas, circunstancia que obliga a plantearse la aplicabilidad desde esta perspectiva".

El Tribunal Constitucional se ha referido a esta cuestión en diversos pronunciamientos, de entre los que cabe destacar: la ya mencionada Sentencia 18/1981, en sus F.J. 2 y 3⁴⁶; el Auto 344/1988, de 16 de marzo, en su F.J. 1⁴⁷; el Auto 577/1988, de 9 de mayo, en su F.J. 2⁴⁸; la Sentencia 29/1989, de 6 de febrero, en su F.J. 6⁴⁹; la Sentencia 22/1990, de 15 de febrero, en su F.J. 4⁵⁰; o la Sentencia 61/1990, de 29 de marzo, en su F.J. 8⁵¹.

⁴⁵ BADIOLA GONZÁLEZ, Mikel, *La aplicación modulada al procedimiento administrativo de las garantías del proceso penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, tomo VII, Madrid, 1993, p. 219.

⁴⁶ STC 18/1981, F.J. 2 y 3: "2. ...A tal efecto debe partirse de que el mencionado precepto contempla de forma directa e inmediata, como indica su propio tenor literal, el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales y a determinadas garantías de tipo procesal, con especial referencia al orden penal, sin aludir de forma expresa al ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración. Por ello es necesario determinar su ámbito, teniendo en cuenta que la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental.

Para llevar a cabo dicha interpretación, ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Cuarta de 29 de septiembre, 4 y 10 de noviembre de 1980, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25.3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas en la aplicación de los principios inspiradores existen otras de carácter formal en orden a la calificación (delito o falta, o infracción administrativa), la competencia y el procedimiento (penal o administrativo con posterior Recurso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo); ello, además del límite ya señalado respecto al contenido de las sanciones administrativas.

Las consideraciones expuestas en relación al ordenamiento punitivo, y la interpretación fina-

En todos y en cada uno de estos pronunciamientos el Alto Tribunal admite la aplicación de las garantías constitucionales del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador, en orden a la total salvaguarda de los valores a que se refiere el artículo 24.2 CE. Pero rechaza toda aplicación automática de esas garantías, condicionándola a que sean compatibles con la naturaleza de la actividad administrativa, de modo que carecerán de aplicabilidad las que resulten ser incompatibles. Por ello, y tal y como señaló Badiola González, sería más idóneo hablar de la aplicación "modulada" de aquellas garantías, a fin de reflejar el condicionamiento que supone la mencionada compatibilidad con la naturaleza de la actividad administrativa.

De ahí resulta que el procedimiento administrativo sancionador, además de poseer la relevancia propia de todo procedi-

lista de la norma fundamental, nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y en la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional.

3. Siguiendo en la misma línea de razonamiento, y ya con relación al caso planteado, debemos afirmar ahora que tales valores no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno, y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de la decisión, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y haga firme. Por el contrario, la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculpadado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga."

⁴⁷ ATC 344/1988, FJ. 1: "1. ...como tiene declarado este Tribunal, las garantías contenidas en el art. 24.2 de la Constitución no son trasladables en su integridad a los procedimientos administrativos sancionadores (entre otras STC 2/1987, de 21 de enero, y ATC (Sala Segunda) 1022/1986, de 26 de noviembre)."

⁴⁸ ATC 577/1988, FJ. 2: "2. ...Es cierto que, según la doctrina de este Tribunal, las garantías y derechos de defensa que el art. 24 de la Constitución prevee para los procesos judiciales pueden extenderse a los procedimientos administrativos que tengan carácter sancionador, lo que, entre otros extremos, implica que las sanciones administrativas no puedan ser dictadas de plano, sin respetar procedimiento alguno, y que, en todo caso, dichas sanciones queden sometidas al necesario control posterior de la autoridad judicial que conozca del oportuno Recurso, la cual puede subsanar las violaciones de derechos fundamentales que se hayan producido. En definitiva, la infracción de las normas reguladoras del procedimiento administrativo sancionador resulta tutelable en vía de amparo, pero sólo cuando de ella derive, para el sometido a un expediente disciplinario, una situación objetiva de indefensión que no sea posteriormente reparada por los Tribunales ordinarios."

⁴⁹ STC 29/1989, FJ. 6: "6. ...Es doctrina reiterada de este Tribunal que las garantías que este precepto constitucional impone por relación directa al proceso penal son igualmente aplicables al procedimiento administrativo sancionador, en tanto que manifestación del ius puniendi del Estado, y en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de este tipo de procedimiento. Sin ningún género de dudas, el derecho a conocer la propuesta de resolución de un expediente sancionador, claramente estipulado en las normas del procedimiento administrativo, forma parte de las garantías que establece el art. 24.2 de la Constitución, pues sin él no hay posibilidades reales de defensa en el ámbito del procedimiento."

⁵⁰ STC 22/1990, FJ. 4: "4. ...no es ocioso traer a colación la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho Administrativo Sancionador se trata; esta delicada operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza."

⁵¹ STC 61/1990, FJ. 8: "8. Ciertamente es que esta garantía formal, repetimos, ha sido considerada a veces susceptible de minoración o de menor exigencia..., en las situaciones llamadas de sujeción especial "aunque incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 de la Constitución" (STC 219/1989, Fundamento Jurídico Segundo)..."

miento administrativo, dispone de relevancia constitucional en el ámbito de las garantías procesales penales que así le sean de aplicación, las cuales quedan protegidas, además, al máximo nivel como derechos fundamentales. Ello no equivale a que exista un deber constitucional de seguir el procedimiento administrativo sancionador previsto en la legislación ordinaria, sino que "obliga a realizar el trámite específico que satisfaga la garantía constitucional de que se trate; si, a pesar de ello, no se observan otras reglas procedimentales establecidas legalmente, se producirá una transgresión, pero que sólo será relevante desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, y que resultará ajena al campo constitucional". Esta es la razón de que la prohibición constitucional de las sanciones de plano no conlleve su reconducción al procedimiento administrativo sancionador previsto con carácter general en la Ley de Procedimiento Administrativo. Así, el Tribunal Constitucional ha estimado que se cumple la garantía constitucional siempre y cuando se despliegue alguna actividad procedimental que permita la defensa del sancionado, aunque no se sigan los trámites que integran aquel procedimiento.

6. El principio de legalidad y su relación con el principio de tipicidad

Después de haber constatado que desde el plano puramente procedimental, los principios del proceso penal son de aplicación, aunque "con ciertos matices", al procedimiento administrativo sancionador, el problema surge al tratar de determinar qué principios en concreto.

Por de pronto, están los reconocidos como derechos en el artículo 24.2 CE: derecho al juez predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

La doctrina, muy especialmente el libro de Garberí Llobregat⁵², que he citado en varias ocasiones, se ha preocupado ya por determinar con qué alcance e intensidad se aplican estos principios o derechos en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador (y el balance es francamente negativo⁵³). No es mi intención la de abundar e insistir en cuestiones y as-

⁵² Vid., GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El procedimiento administrativo sancionador...*, cit.

⁵³ En este sentido, SUAY RINCÓN, José, *La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 123, septiembre-diciembre de 1990, p. 164.

pectos que ya han sido clara y suficientemente expuestos por otros autores⁵⁴.

Con todo, no obstante, es evidente que la *vis atractiva* que ejerce la afirmación constitucional de que los principios del proceso penal son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador es mayor y no se limita a la aplicación puramente puntual de los derechos reconocidos en el artículo 24.2 CE (pues, de otro modo, a ello se habría contraído la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). E igual consecuencia cabe extraer del mandato general de no indefensión que se contiene en el apartado 1 del mismo artículo 24⁵⁵.

A continuación voy a referirme específicamente al principio de legalidad, y a su íntima conexión con el principio de tipicidad, así como a su aplicabilidad en relación con la potestad sancionadora de la Administración, por entender que se trata del principio que guarda una mayor trascendencia y vinculación con el tema objeto de estudio.

La LRJPAC regula de forma separada estos dos principios como si se tratara de cuestiones distintas, y no fueran, por contra, simples manifestaciones del mismo principio de legalidad aplicable a la potestad sancionadora. De esta manera, cuando la Ley se refiere al principio de legalidad parece que lo que persigue es exigir únicamente que una norma con rango de ley haya realizado efectivamente la atribución de la potestad sancionadora a un determinado órgano; por ello, se refiere a los órganos administrativos que la ejercen y a su competencia: "el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida por disposición de rango legal o reglamentario" (artículo 127.2 LRJPAC).

Por el contrario, cuando se refiere a la tipicidad, se está refiriendo igualmente al principio de legalidad, pues de lo que se trata es de la exigencia de que la norma con rango de ley defina precisamente las infracciones ("sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley") y de que estén previstas legalmente las sanciones aplicables ("únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley").

Como bien señaló Parada Vázquez⁵⁶, ambas cuestiones se hallaban entremezcladas en la legislación anterior, pues el principio de legalidad se entendía cumplido tanto cuando se atribuía a la autoridad administrativa un poder sancionador, normalmente hasta una determinada cuantía, dejando a ésta que definiera en vía reglamentaria las infracciones, como cuando la Ley

⁵⁴ Así, pues, la remisión es igualmente obligada en esta ocasión a otra de las obras, también citada anteriormente, del profesor GARBERÍ LLOBREGAT, José, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales...*, cit., pp. 178 y ss.

⁵⁵ El mandato del artículo 24.1 CE es general y afecta a todas las fases del procedimiento.

⁵⁶ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.

misma definía éstas y los límites cuantitativos de las sanciones aplicables. Lo fundamental desde la óptica de la legislación anterior era lo primero.

Con la actual separación y exigencia conjunta de los principios de legalidad –entendido como atribución de competencia legal o reglamentaria– y el de tipicidad –entendido como definición por ley de las infracciones– se desautoriza, pues, el sistema tradicional de configuración de la potestad administrativa sancionadora que atendía, sobre todo, a definir los límites máximos de la competencia sancionadora de la Administración, como se recogía en cierta medida en el antiguo artículo 603 CP, y que venía del CP de 1850. Este es el sistema tradicional de definición de la potestad sancionadora de los Entes locales, presente ahora en la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL), Ley que asigna la competencia sancionadora a los Alcaldes en función de la población de cada municipio, pero que no define la materia infraccional, definición que se remite a las respectivas Ordenanzas (artículo 59 del Texto Refundido de Disposiciones en Materia de Régimen Local). Este sistema queda ahora al margen de la Ley por falta de tipicidad, en cuanto las Ordenanzas locales no conllevan ordinariamente tras de sí leyes sustantivas que definan, ni siquiera con carácter genérico, las infracciones; una consecuencia que podría considerarse como excesivamente grave y que el legislador sin duda no había previsto.

Cierto que otras previsiones de la Ley hacen referencia a la clasificación de las infracciones administrativas en leves, graves y muy graves y, sobre todo, a las relaciones ley y reglamento que son más flexibles que en materia penal, donde la rigidez del principio de legalidad convierte la norma penal en insusceptible de desarrollo reglamentario. Por contra, aquí “las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán contener especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”.

No obstante, desde un punto de vista formal, las disposiciones de esta Ley sobre el principio de legalidad y tipicidad, aunque sirven ciertamente para desautorizar los reglamentos que infrinjan el principio de legalidad, nada valen, sin embargo, contra otras normas legales y, por ello, de igual rango formal, que seguirán o no lo que el legislador ordinario ha querido plasmar en esta Ley. Por ello, a la hora de la verdad lo único que

delimita estos principios de legalidad y tipicidad es la referencia constitucional, esto es, lo dispuesto por la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, único parámetro para controlar al legislador ordinario tanto estatal como comunitario.

6.1. Rango suficiente de la norma sancionatoria

Antes de abundar en el estudio de estos principios quisiera resaltar la relevancia del principio de legalidad con respecto al resto de los considerados también como principios. Así, ya González Pérez⁵⁷ señaló que no todos los que pasan por principios en este sector del ordenamiento –en clara referencia al sector del Derecho administrativo sancionador– ni todos los que la LRJPAC califica de tales tienen esa condición sino más bien la de reglas. Siguiendo este criterio, y como señaló Alejandro Nieto⁵⁸, “... La *tipicidad* es una norma porque expresa una orden concreta; la de que las infracciones y las sanciones estén descritas previamente en un texto. La *reserva legal* es una norma porque supone una orden concreta de que las infracciones y las sanciones estén previstas en una ley. Y lo mismo sucede con el *non bis in idem* porque consiste en una prohibición concreta de que unos mismos hechos sean sancionados dos veces. Y así sucesivamente. Pero la *legalidad*, en cambio, es un principio, dada su abstracción, del que se derivan los corolarios o normas de la tipicidad y de la reserva legal”.

En este sentido, la primera manifestación reseñable del principio de legalidad exige que las normas administrativas sancionadoras tengan cobertura en una norma con rango de Ley.

Bajo el título de “Principio de legalidad” el artículo 127 LRJPAC, que inicia el capítulo primero del Título IX de la Ley, dispone que el ejercicio de la potestad sancionadora deberá realizarse de conformidad con dicho principio, que exige: atribución expresa por norma con rango de Ley, sujeción al procedimiento legalmente previsto y respeto a los principios formales y materiales estatuidos en el referido Título IX.

Concretamente, el apartado 1 del artículo 127 establece que “la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este Título”.

Asimismo, el apartado 2 señala que “el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la

⁵⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 1852.

⁵⁸ NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario, sin que pueda delegarse en órgano distinto".

Haciendo un breve paréntesis, quiero reseñar que el último inciso de este segundo apartado ha originado una pequeña "revolución" en torno a la nulidad de las sanciones administrativas que son resueltas en vía de recurso por un órgano que actúa por delegación de aquel al que correspondería su resolución, cual es el Ministro.

Se trata de la polémica línea jurisprudencial abierta, desde hace ya unos dos años, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con carácter general para todo tipo de sanciones, pero que adquiere especial relieve en materia de tráfico. Según el criterio de este Tribunal, aquellos recursos contenciosos que tienen por objeto la impugnación de una sanción que haya sido resuelta por el Director General de Tráfico son estimados plenamente con declaración de nulidad de la sanción por ser contraria al ordenamiento jurídico, al haber sido dictada por un órgano incompetente. El TSJG entiende como no válida la delegación de la potestad sancionadora del Ministro del Interior al Director General de Tráfico en base a la indelegabilidad de tal potestad prevista en el apartado 2 del artículo 127 LRJPAC, que deroga a su vez la posibilidad de delegación prevista en la Ley de Tráfico de 1990 (si el legislador ordinario ha incluido expresamente la prohibición de delegación dentro del principio de legalidad recogido en el artículo 127, el mismo debería ser respetado por las normas que con carácter posterior se dicten en materia sancionadora).

Sin profundizar más en esta cuestión, de gran conflictividad por el peligro que conlleva su supuesta extensión al resto de Tribunales Superiores de Justicia (aunque hasta el momento no ha tenido eco en ninguno de ellos), o incluso de llegar a ser confirmada por el Tribunal Supremo, remito su estudio, por lo específico de su desarrollo, a la doctrina sentada por el abogado Vázquez Selles⁵⁹, desconfiando ciertamente de que la decisión adoptada por el TSJG vaya a tener excesiva relevancia en el futuro.

Volviendo al tema objeto del presente trabajo, el apartado 1 del artículo 127 habla de "norma con rango de Ley", planteando el problema de si la potestad sancionadora debe ser reconocida exclusivamente en leyes formales, o si es posible también en normas con fuerza de ley. Así, podría decirse que la redacción del precepto es en cierto modo sorpresiva⁶⁰ a tenor de:

a) las definiciones dadas por el Tribunal Constitucional de este principio. Particularmente se suscita la cuestión en relación

⁵⁹ Vid., VÁZQUEZ SELLES, Santiago, *La delegación de la potestad sancionadora en vía de recurso; criterio del Tribunal Superior de Justicia de Galicia: nulidad de las sanciones dictadas por el Director General de Tráfico*, en *La Ley. Revista jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XIX, núm. 4545, 21 de mayo de 1998.

⁶⁰ En este sentido, RIVERA TEMPRANO, Ezequías, *Principios de la potestad sancionadora en la Ley 30/1992*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, tomo VIII, Madrid, abril 1994.

con los Decretos-leyes, lo que fue explícitamente admitido por la STC 3/1988, de 21 de enero, en relación con la cuestión de inconstitucionalidad deducida sobre el artículo 9 del Real Decreto Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre seguridad ciudadana, declarando el Alto Tribunal la inconstitucionalidad del precepto, por entender que la garantía del artículo 25.1 CE "... no se ve contradicha o disminuida al ostentar rango legislativo la norma que se cuestiona". Con carácter más general se manifiesta con idéntico tenor la STC 61/1990, de 29 de marzo, según la cual el principio de legalidad "comprende una doble garantía: la primera de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a que atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal". Fórmula repetida en las SSTC de 25 de octubre de 1993 y 14/1998, de 22 de enero. La primera de estas sentencias añadía: "... En definitiva el art. 25 CE obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes en la medida necesaria para dar cumplimiento a la reserva de Ley, sin que sea posible que, a partir de la Constitución Española, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por una norma de rango legal".

b) el alcance que a este principio de la doctrina científica. Así García de Enterría-Fernández dicen en su "Curso de Derecho Administrativo" que el principio de legalidad "es la expresión del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege...*" y más adelante que "el principio de legalidad impone, pues, la exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigencia que ... afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación y escala de las sanciones y a la correlación de unas y otras...". Por su parte, Uría Fernández y Bueno Arus, en "Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Pro-

cedimiento Administrativo Común”, del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, afirman que “tal y como reconoce Suay Rincón, el principio de legalidad en materia sancionadora muestra una doble vertiente: la del principio de reserva de Ley –vertiente formal del principio de legalidad– y la del principio de tipicidad –vertiente material de este principio–.

c) y porque tampoco guarda la esperable coherencia con la propia Exposición de Motivos de la Ley, que en su epígrafe XIV dispone textualmente: “Entre tales principios destaca el de legalidad o “ratio democrático” en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración...”, ya que fijar límites es, con toda evidencia, como afirma Rivera Temprano, “determinar una línea de actividad que no es lícito desbordar; es por ello que esta fijación de límites ha de ir necesariamente más allá de la simple función atributiva de la potestad a la que alude el art. 127.1 de la Ley”.

Por todo ello, y tal y como ha manifestado Alejandro Nieto, el principio de legalidad ofrece en el Derecho administrativo sancionador la misma ambigüedad que caracteriza a todos los principios generales del Derecho, potenciada aquí aún más por la circunstancia de integrar dos elementos normativos –la reserva legal y el mandato de tipificación– que distan mucho de ser precisos separadamente considerados.

Así, la inmensa mayoría de las vertientes en las que se descompone el principio de legalidad se trasladan al ámbito de análisis de la tipicidad, puesto que “para que un hecho pueda ser objeto de sanción por la Administración es necesario que la infracción y consiguiente sanción estén precisamente establecidas por la Ley” (SSTS de 5 de junio de 1990 y 10 de junio de 1991), o que “la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 CE el límite consistente en el principio de legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, como consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan” (STS de 18 de enero de 1990; STC 3/1988, de 21 de enero).

Por otro lado, y con independencia de la polémica suscitada por la “reserva de Ley” en el Derecho administrativo sancionador, el cual estriba en la determinación de cuál deba ser el rango –orgánico u ordinario– de la Ley, y que en buena parte se mueve en el terreno de los matices, resulta necesario destacar el estado actual de la cuestión que, como señaló Garberí Llobregat⁶¹, no es otro que el de la necesidad de que las normas configuradoras

⁶¹ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El procedimiento administrativo sancionador...*, cit.

ras de la potestad sancionadora de la Administración ostenten el rango de "Ley ordinaria" (SSTC 8/1981, de 30 de marzo; 15/1981, de 7 de mayo; 77/1983, de 3 de octubre; 25/1984, de 23 de febrero; 140/1986, de 11 de noviembre) tal y como, por lo demás, sucede también en el derecho comparado⁶².

En otro orden de cosas, y por lo que al principio de legalidad afecta, conviene detenerse ahora en la regulación del principio de tipicidad, que aparece incluido en el artículo 129 LRJPAC⁶³ y que consagra la necesidad de predeterminación normativa de las conductas constitutivas de infracciones administrativas (apartado 1) y de las sanciones aplicables a las mismas (apartado 2); recogiendo el citado principio de "*nullum crimen, nulla poena sine lege*".

De la misma manera que el principio de legalidad, la tipicidad de las infracciones y sanciones administrativas es una de las garantías esenciales que se derivan del derecho fundamental enunciado en el artículo 25.1 CE, consistente, según el Tribunal Constitucional, en la exigencia de "*lex previa, scripta y certa*".

En cuanto a las "infracciones administrativas", el principio de tipicidad exige no sólo que la reserva de Ley se aplique a la determinación de los hechos o conductas que reputa constitutivas de infracción, sino que la amplía a que la misma contenga la clasificación de infracciones en las tres categorías de leves, graves y muy graves.

Respecto a las "sanciones administrativas", a que se refiere el apartado 2 del artículo 129 LRJPAC, es preciso, no sólo que la ley formal indique cuáles son dichas sanciones, sino que es necesario que las delimite, esto es, que establezca la necesaria correlación con las infracciones, de modo que no quepa una legitimación de las que el Tribunal Constitucional denomina *sanciones "ad hoc"*, y así la STC 207/1990, de 17 de diciembre, niega la virtualidad tipificadora al artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores al no ser objeto de graduación alguna y limitarse exclusivamente dicho precepto a establecer el límite máximo de sanciones.

Por último, y en cuanto a la "prohibición de la analogía", cabe decir que el apartado 4 del artículo 129 LRJPAC se limita a positivar, lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de forma reiterada había establecido al rechazar "... como ya ha sostenido esta Sala en ss. de 16 de marzo de 1979 y de 19 de junio de 1981, cualquier tipo de interpretación extensiva, analógica o inductiva..."⁶⁴.

⁶² Cfr. 3 OWiG o art. 2 Decreto-Ley portugués 433/1982, de 27 de octubre.

⁶³ Artículo 129 LRJPAC: "Principio de tipicidad.- 1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley.

Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves.

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica."

⁶⁴ Cfr. STS de 7 de noviembre de 1984.

6.2. La aplicación del principio "*non bis in idem*"

De la tradicional consideración de la potestad sancionadora de la Administración como una manifestación más del poder punitivo del Estado se había extraído la consecuencia de su independencia de la Jurisdicción penal y, por ello mismo, la compatibilidad de la sanción administrativa con la penal.

Siguiendo al profesor Parada Vázquez⁶⁵, la regla de la compatibilidad fue posible porque el inicial sistema de conflictos entre la Administración y los Tribunales (RD de 4 de agosto de 1847 y artículo 286 de la LOPJ de 1870) protegía al modo francés la actividad de la Administración de las intromisiones de los jueces, reservando a aquélla el monopolio para plantear conflictos de competencias. Entonces, la única forma de impedir que la Jurisdicción penal no quedara burlada en sus competencias y funciones cuando la Administración se había anticipado a sancionar determinados hechos consistía en afirmar la doctrina de la compatibilidad de la pena con la sanción administrativa. La justificación de la compatibilidad la encontró el Tribunal Supremo en el último precepto del antiguo Código Penal (SSTS de 21 de noviembre de 1884, 17 de marzo y 6 de junio de 1894 y 27 de noviembre de 1916), el cual sí estableció que las disposiciones de éste no limitaban las facultades de la Administración, con más razón los poderes sancionadores de la Administración no podían limitar las competencias de los jueces y tribunales.

Sin embargo, en contra de esa compatibilidad se produjeron algunas reacciones, afirmándose la prevalencia de la Jurisdicción penal con reducción de la actividad de la Administración a la mera investigación de los hechos (RO de 28 de julio de 1897), o prohibiendo la doble sanción con atribución a la competencia judicial del castigo de las faltas denunciadas por particulares y la administrativa para los perseguidos de oficio (RD de 30 de julio de 1904), o simplemente afirmando la competencia judicial y la vigencia del principio *non bis in idem* (artículo 853 del CP de 1928): "Salvo, en su caso, lo dispuesto en la legislación especial que regula las atribuciones de los tribunales tutelares para niños, corresponderá a la jurisdicción ordinaria el conocimiento y castigo de las faltas previstas en este Código, aunque también los hechos a que se contraigan se hallen penados por Ordenanzas municipales y otras disposiciones administrativas. En ningún caso podrá castigarse un mismo hecho con sanción judicial y gubernativa".

Pese a estos intentos, la realidad es que el principio de la independencia de la potestad sancionadora y de la Jurisdicción

⁶⁵ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas...*, cit., p. 395.

penal siguió afirmándose en la legislación especial administrativa y en la jurisprudencia contencioso-administrativa, incluso con posterioridad a la Constitución de 1978 (Ss. de 14 de junio de 1978 y 28 de mayo de 1979).

El principio *non bis in idem*, a través del cual se impide la duplicidad de sanciones por un mismo hecho, no aparece expresamente proclamado en nuestra Constitución, ni siquiera en sus versiones moderadas, que limitaban la compatibilidad con las penas a las sanciones derivadas de una relación de supremacía especial, como las sanciones a los funcionarios (Diputado Meilán Gil), pues aunque en principio se recogió en el artículo 9, tras la intervención de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso fue suprimido, por considerar la Comisión que tal principio iba íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 CE⁶⁶.

Sería el Tribunal Constitucional quien, cumpliendo con su misión de intérprete supremo de nuestra Ley Fundamental, otorgaría el máximo rango jurídico al principio *non bis in idem*, a partir de sus Sentencias de 30 de enero y 8 de junio de 1981, estableciendo que nos encontramos ante un principio general del Derecho, con pleno respaldo constitucional aunque no esté explícitamente recogido entre los artículos 14 y 30 de la Constitución, que son los susceptibles de amparo. Conforme a la última Sentencia citada, los principios del Derecho penal son de plena aplicación al Derecho administrativo sancionador, permitiendo afirmar que el principio *non bis in idem*, ya plenamente consagrado en aquél, es perfectamente aplicable a éste siempre que exista una absoluta identidad en el planteamiento fáctico. Las tesis mantenidas en las dos Sentencias de referencia se reiterarían en las SSTC 77/1983, de 3 de octubre⁶⁷, y 159/1985, de 27 de noviembre⁶⁸.

El F.J. 3º de esta última resolución reproduciría la siguiente doctrina, que, por lo relevante de la misma, paso a transcribir:

"El principio *non bis in idem*, al que el recurrente apela también para fundamentar su pretensión, no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa. Esta omisión textual no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque el principio en cuestión, como ha señalado este Tribunal desde su Sentencia 32/1981, de 30 de enero, fundamento jurídico cuarto, está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el artículo 25 de la norma fundamental. Es cierto que la regla *non bis in idem* no simplemente imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplan, por ello, desde

⁶⁶ En el Anteproyecto Constitucional ("Boletín Oficial de las Cortes" de 5 de enero de 1978) se había mencionado de manera expresa, entre los principios proclamados por el artículo 9 CE, el de "exclusión de la doble sanción por los mismos hechos". Posteriormente, en el debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas se eliminaría el texto, aunque sin que nadie pusiera en duda —antes bien, reafirmando expresamente— la justificación del principio ("Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados", sesión de 16 de mayo de 1978).

⁶⁷ Esta sentencia, que puede servir de punto de partida para cualquier estudio de las infracciones administrativas, aparece recogida en la nota 20.

⁶⁸ Sala Segunda. Recurso de amparo núm. 821/1984. Ponente: D. Francisco Rubio Llorente (BOE de 17 de diciembre).

perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral), pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta. Semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, fundamento jurídico cuarto).

Es claro, sin embargo, que por su misma naturaleza, el principio *non bis in idem* sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior. En el presente caso, la decisión anulatoria a que el razonamiento expuesto en los dos primeros fundamentos nos conduce, elimina la duplicidad de sanciones y, por tanto, el supuesto que haría posible la invocación del mencionado principio, que por lo demás, como es claro, sólo cabe argüir contra la sanción posterior, nunca contra la anterior."

A partir de aquí se pueden realizar las siguientes consideraciones:

La primera es la de constatar que el *non bis in idem* es un principio general del Derecho, que si bien no se encuentra recogido expresamente en la Constitución, no por ello puede desconocerse que va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, lo que reconduce el tema al juego del artículo 25 de la Ley Fundamental.

La segunda es la de recordar que el principio analizado impide que un mismo hecho sea castigado dos veces en base al mismo tipo sancionador, con independencia de la naturaleza de la sanción (penal o administrativa), esto es, el juego de este principio determina la interdicción de una duplicidad de sanciones administrativas y penales por unos mismos hechos. Este mismo tipo sancionador implica la identidad de sujeto, de hecho y de fundamento o interés protegido.

Respecto a la primera de las consideraciones, la inclusión del *non bis in idem* en los principios de tipicidad y legalidad de los delitos, faltas o "infracción administrativa", que se enuncia en el artículo 25 CE, parece clara. La conjunción disyuntiva "o", empleada por el precepto, así lo impone; una determinada actuación, activa u omisiva, podrá ser tipificada como delito, como falta o como infracción administrativa, pero no como todas o

varias de esas figuras a la vez. La infracción administrativa ha dejado con ello de ser un tipo superpuesto a un tipo penal y mucho menos un tipo de funcionamiento independiente al penal y hasta contradictorio con él.

Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible y no se produzca vulneración del principio *non bis in idem* es necesario que la normativa que la impone pueda justificarse, porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la óptica de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado⁶⁹.

Por otro lado, en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración sobre sus funcionarios, consecuencia de la relación de sujeción especial que les une, se han planteado, también en este punto del *non bis in idem*, las diferencias respecto a la aplicación de las técnicas del Derecho penal (recientemente, STS 3^a, Sección 7^a, de 12 de junio de 1998 –Ponente: D. Goded Miranda–: violación del principio *non bis in idem* por doble imposición de sanción penal y administrativa –delito de cohecho y separación del servicio– a funcionario policial⁷⁰).

⁷⁰ En el supuesto contemplado por la STS de 12 de junio de 1998, tanto el delito de cohecho castigado, como la infracción administrativa –artículo 27.3 b) LO 2/1986, de 13 de marzo (fuerzas y cuerpos de seguridad), que se remite a cualquier conducta constitutiva de delito doloso–, vulneran el mismo interés jurídicamente protegido, esto es, el correcto funcionamiento de la Administración, por lo que no se trata de ilícitos independientes, sino que el disciplinario queda comprendido en el tipo penal.

En este sentido, el cohecho es una infracción incluida en el Título del CP dedicado a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Cuando se está castigando el delito de cohecho el bien jurídico protegido es el legítimo, correcto y eficaz funcionamiento de la Administración, que actúa a través de sus funcionarios, por lo que no debe permitirse que dichos funcionarios utilicen la función pública que ejercen para la percepción ilegítima de cantidades de dinero de los particulares, con el pretexto de la realización de actos del funcionario que no deben tener retribución (artículo 390 CP).

Pues bien, cuando la Administración impone al funcionario policial la sanción de separación del servicio por los mismos hechos que han dado lugar a la condena por dos delitos de cohecho, basándose en que se tipifica como falta disciplinaria muy grave cualquier conducta del funcionario constitutiva de delito doloso, no puede sostenerse que ha tratado de proteger un bien jurídico distinto del antes citado.

Tampoco cabe alegar que en el segundo caso el bien jurídico protegido es simplemente la irreprochabilidad del funcionario de la policía, porque la sanción disciplinaria persigue una finalidad más amplia, conectada indudablemente con la correcta y eficaz actuación de la Administración por medio de sus funcionarios.

Así, el bien jurídico protegido es el mismo en ambos casos –pena y sanción disciplinaria–, lo que comporta la confirmación de la tesis de la sentencia impugnada, por cumplirse los requisitos para la aplicación al supuesto del principio *non bis in idem*.

⁶⁹ Vid., *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XIX, núm. 4653, 20 de octubre de 1998.

En cualquier caso, cuando el concurso de leyes aplicables se produce entre una norma penal y una administrativa, podemos afirmar la preferencia a favor del orden jurisdiccional penal sobre el procedimiento administrativo para la imposición de la sanción. Si recayese una sentencia condenatoria, la autoridad administrativa ya no podría imponer una sanción administrativa (si estamos, como antes se ha señalado, ante un mismo tipo sancionador).

Ahora bien, si nos encontramos ante tipos infractores diversos que protegen intereses o bienes jurídicos diferentes, podríamos entender que serían diferentes infracciones –al no existir identidad de fundamento jurídico–, y no jugaría el *non bis in idem*. Aquí es, precisamente, donde tendrían relevancia las relaciones de sujeción especial.

Las llamadas relaciones de sujeción especial no son un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales, entre los que se encuentra la aplicación del principio *non bis in idem*, habiendo destacado el Tribunal Constitucional que para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección (STC 234/1991, de 10 de diciembre).

Puede resultar de interés analizar el juego de las sanciones penales y administrativas en un caso concreto. Así, si alguna de las conductas constitutivas de faltas muy graves susceptibles de ser sancionadas con separación del servicio pudiera a la vez identificarse como alguno de los delitos cometidos en el ejercicio del cargo público, deberá suspenderse la tramitación del expediente disciplinario hasta que recaiga resolución judicial⁷¹. Si ésta se dicta y tuviere por contenido la inhabilitación absoluta o especial para el desempeño del cargo público como pena principal o accesoria, la Administración deberá, en principio, limitarse a ejecutar la sentencia, sin que pueda imponer disciplinariamente la sanción de separación del servicio, pues estaríamos ante idéntico bien jurídico protegido.

Se produce así la paradoja de que este tipo de faltas muy graves reciben un trato de favor respecto a las que no sean identificables con conductas delictivas.

El principio *non bis in idem* determina, como hemos visto, una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos

⁷¹ Artículo 23 RPEPS: "Para el ejercicio de la potestad sancionadora en el supuesto de que el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve, se tramitará el procedimiento simplificado que se regula en este capítulo."

ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de la normativa diferente; pero no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir para los órganos del Estado. Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia⁷², es que la primera no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y debe en todo caso respetar, cuando actúe *a posteriori*, el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 CE y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones establecidas por tal precepto (STC 2^a 77/1983, de 3 de octubre; STS 3^a, Sección 7^a, de 23 de julio de 1998 –Ponente: D. Lescure Martín–, relativa a la necesidad de que el procedimiento administrativo sancionador se paralice cuando los hechos sean objeto de un proceso penal –lesión del principio de legalidad–⁷³).

⁷² La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera.

De esta premisa podrían extraerse las siguientes consecuencias:

1. El forzoso control *a posteriori* por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso.
2. La imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta, según el CP o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos.
3. La necesidad de respetar la cosa juzgada (STC 77/1983, de 3 de octubre).

⁷³ Según consta en el expediente sobre el que resolvió la STS de 23 de julio de 1998, cuando los recurrentes solicitaron la suspensión del procedimiento sancionador, su tramitación había concluido, hallándose pendiente de resolución por el M^o de Economía y Hacienda, ya que el instructor había formulado la propuesta de resolución y los expedientados sus alegaciones sobre la misma, de modo que no se trataba de impedir la mera duplicidad de procedimientos, que es algo ajeno al ámbito de protección del principio *non bis in idem*, sino de evitar una actuación que, a tenor de la doctrina constitucional, excedería de los límites del artículo 25 CE, al no respetar la primacía sustancial del procedimiento penal en orden a la apreciación de los hechos, o la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos.

7. Consideraciones finales

Como es por todos sabido, la incidencia de la Constitución de 1978 en la Justicia administrativa ha sido desorbitada. En sus normas se encuentran los pilares de una profunda transformación, que, entre otros aspectos, ha obligado "a convertir el contencioso-administrativo en un sistema judicial plenario en donde no tienen ya cabida los viejos privilegios de exención del principio"⁷⁴. Estas normas son: el artículo 24, con la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva⁷⁵; el artículo 106.1, con la proclamación del sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho; y el artículo 117.3, al sentar el principio de que la potestad jurisdiccional corresponde a los órganos jurisdiccionales en todo tipo de procesos, lo que significó atribuirles el poder exclusivo de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Por otro lado, el crecimiento de la potestad sancionadora de la Administración en estos últimos años ha sido también de enorme transcendencia. Se ha incrementado en calidad⁷⁶ y, sobre todo, en cantidad, hasta el extremo de que no pocas infracciones administrativas suelen llevar aparejadas unas sanciones más graves que las previstas en sus análogos tipos penales⁷⁷.

Esta situación de expansión del Derecho administrativo sancionador, con ser notablemente criticable por todo lo que conlleva de alejamiento y distanciamiento del administrado con respecto a los Tribunales administrativos y de propiciar situaciones materiales de auténtica indefensión ante la lentitud y carestía del proceso administrativo⁷⁸, no por ello resulta, en palabras del magistrado Gimeno Sendra, inconstitucional, pues, siempre que la Administración se muestre respetuosa con el monopolio jurisdiccional de imposición de penas privativas de libertad, ningún reproche de inconstitucionalidad cabe efectuar a esta política despenalizadora en favor de la potestad sancionadora administrativa; aun cuando tampoco se nos oculta que, sin incurrir en los consabidos inconvenientes de la actual política legislativa, los mismos fines de eficacia, rapidez y protección del interés público hubieran podido alcanzarse con el mantenimiento de un "Derecho Penal Administrativo", previa la instauración de nuevos procedimientos penales simplificados, tales como el penal "monitorio".

En este sentido, nuevamente me resulta de obligada mención la importancia que la aprobación de la LRJCA 29/98 conlleva, pues, fiel a los mismos principios de eficacia y celeridad, parece estar dispuesta a permitir, como ya he manifestado ante-

⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La jurisdicción contencioso-administrativa hoy*, DA, núm. 220, p. 11.

⁷⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª edición, Cívitas, 1989.

⁷⁶ Así, tras las reformas de que fue objeto el Código penal en los últimos tiempos, no pocas faltas penales se han transformado en ilícitos administrativos.

⁷⁷ Así, por ejemplo, las sanciones por infracciones graves a la seguridad del tráfico vial pueden exceder a las previstas en las infracciones penales destinadas a reprimir tal tipo de conductas.

⁷⁸ Fundamentalmente hasta tanto no se instauren los desde hace ya demasiado tiempo anunciados "Juzgados de lo contencioso-administrativo".

riormente, la puesta en funcionamiento de los tan largamente esperados Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. La Exposición de Motivos de la Ley no puede ser más explícita en relación con la finalidad que con la misma se persigue: desbloquear urgentemente el atasco que padecen buena parte de los órganos de este orden jurisdiccional. Urgencia, no ya sólo por la situación límite de sobrecarga de trabajo que pesa sobre las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y sobre la Sala 3ª del Tribunal Supremo, sino porque la introducción del recurso de casación en el proceso administrativo, efectuada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (LMURP), hace imperiosamente necesario desarrollar, sin más demoras, el esquema diseñado en la LOPJ para este orden jurisdiccional, consistente en la creación de los Juzgados de lo Contencioso, a fin de que, entre éstos y las referidas Salas Territoriales, se efectúe la distribución de las competencias en la primera instancia jurisdiccional, con posibilidades también, por tanto, de abrir la apelación en las materias en que resulte pertinente.

No obstante, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo son regulados con cierta prudencia en la LRJCA, por no decir prevención: la competencia residual que contemplaba la LOPJ se torna en un esquema competencial mucho más limitado y complejo, a la espera, parece indicar la Exposición de Motivos, de ver como va funcionando el sistema.


Espero, sin embargo, que con esta Ley nueva suceda como con la LOPJ, esto es, que abra ante los intérpretes y aplicadores un horizonte amplio y despejado susceptible de alumbrar de buenos hallazgos.

En cualquier caso, la política despenalizadora a la que hacemos referencia, en particular, y la creación de cualquier ilícito administrativo, en general, han de tener siempre un límite infranqueable: el del más escrupuloso respeto a las garantías constitucionales, materiales y procesales, del Derecho penal y procesal penal, cuya inmensa mayoría ha de regir igualmente en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, tal y como ha tenido ocasión de reiterar, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como nuestro Tribunal Constitucional. Y así, garantías materiales tales como los principios de legalidad, tipicidad o el *non bis in idem* y procesales como es el caso del "Juez imparcial"⁷⁹, el derecho de defensa, derecho a la prueba o a la presunción de inocencia han de contemplarse en las correspondientes normas materiales y procedimentales de carácter sancionador.

⁷⁹ La garantía procesal del "Juez imparcial", aunque no exigida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha sido incluida en la LRJPAC.

Por último, y a modo de conclusión, me aventuraría a afirmar, de acuerdo con lo expuesto en el presente trabajo y con lo defendido por Garberí Llobregat en su libro *El procedimiento administrativo sancionador*, la constatación ontológica de las diferentes vertientes del Derecho sancionador. Todos los criterios sustanciales mencionados no han servido para trazar una línea diferencial lo suficientemente precisa y clarificadora como para elaborar una Teoría General privativa de la infracción administrativa que no experimentara, como señaló el profesor Garberí, milimétricos puntos de contacto con la Teoría General del Delito.

Así, hoy en día puede decirse que los ilícitos y las sanciones adjetivadas como administrativas poseen naturaleza penal, debido fundamentalmente a la quiebra que a la doctrina de la división de poderes supone el hecho de que la Administración ostente un poder sancionador.

En todo caso, y para finalizar, lo que sí resulta del todo evidente es que si durante estos últimos años estamos asistiendo a un incremento sustancial de la potestad sancionadora de la Administración, la cual se encuentra cada vez mayor y mejor armada frente al administrado infractor, tal incremento también deberá necesariamente ir asociado a un mayor desarrollo de las garantías de todo orden con que debe contar el sancionado y que en último caso culminará con un procedimiento de revisión, tanto administrativo como jurisdiccional, que resulte plenamente efectivo, propio de un Estado de Derecho consolidado. 

Abreviaturas más utilizadas

Ar.:	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
Art.:	Artículo
ATC:	Auto del Tribunal Constitucional
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CE :	Constitución Española de 26 de diciembre de 1978
CP:	Código Penal
DA:	Documentación Administrativa
DO:	Diario Oficial
Ed.:	Editorial
FJ:	Fundamento Jurídico
LBRL:	Ley de Bases de Régimen Local
LMURP:	Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJCA:	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LRJPAC:	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
MAP:	Ministerio para las Administraciones Públicas
Mº:	Ministerio
Núm.:	Número
RD:	Real Decreto
RO:	Real Orden
RPEPS:	Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora
Sent.:	Sentencia
SS:	Sentencias
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TC:	Tribunal Constitucional
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS:	Tribunal Supremo
TSJG:	Tribunal Superior de Justicia de Galicia

- BADIOLA GONZÁLEZ, Mikel, *La aplicación modulada al procedimiento administrativo sancionador de las garantías del proceso penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, tomos VII y XI, Madrid, 1993.
- CANO MATA, Antonio, *Potestad normativa sancionadora de las Comunidades Autónomas*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 119, Madrid, mayo-agosto 1989, pp. 199 y ss.
- CARRIÓN MARTÍN, M^a. Dolores, *La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas*, en *Comentarios ante la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, MAP, Madrid, 1993, p. 107.
- DÍAZ ROCA, Rafael, *Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción*, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XIX, núm. 4588, Madrid, 21 de julio de 1998.
- ENRICO PALIERO, Carlo, *Il "Diritto penale amministrativo": profili comparatistici*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1980, pp. 1254 y ss.
- ESCUSOL BARRA, Eladio / RODRIGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge, *Derecho Procesal Administrativo*, editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, editorial Trivium, Madrid, 1989; *El procedimiento administrativo sancionador. Comentarios al Título IX de la Ley 30/1992 y al Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (Real Decreto 1398/1993)*, 3^a edición, Valencia, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 10, julio-septiembre de 1976, pp. 399 a 430; *La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional*, REDA, 29, 1982, pp. 359 y ss.; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, editorial Cívitas, Madrid, 1985, pp. 243 y ss.; *La jurisdicción contencioso-administrativa hoy*, DA, núm. 220, p. 11.
- GARRIDO FALLA, F. / FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Madrid, 1993, pp. 284 y 285.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco / GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, editorial Cívitas, Madrid, 1997.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, tercera edición, editorial Cívitas, Madrid, 1998; *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2^a edición, Cívitas, 1989, pp. 22 y ss.
- GUAYO CASTIELLA, Iñigo, *El control jurisdiccional de la potestad sancionadora de la Administración judicial*, en *Poder Judicial*, núm. 27, Septiembre 1992, pp. 55 y ss.
- HEINZ MATTES, *Problemas de Derecho penal administrativo, historia y Derecho comparado*, traducción y notas por RODRÍGUEZ DEVESA, J. M^a., EDERSA, 1979 (edición alemana de 1977).
- LUGO Y GUILLEN, Felix Benítez, *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común. Derecho positivo, jurisprudencia y formularios*, editorial Comares, Granada, 1997.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, vol. I, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 1973, p. 21.
- MOTTINHO DE ALMEIDA, *La protección de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en *El Derecho Comunitario Europeo y su Aplicación Judicial*, Madrid, editorial Cívitas, 1993, pp. 97 y ss.
- NIETO, ALEJANDRO, *Derecho administrativo sancionador*, editorial Tecnos, Madrid, 1993.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en *Revista de Administración Pública*, 1972, pp. 41 y ss.; *Derecho administrativo (parte general)*, editorial Pons, Madrid, 1989, pp. 327 y ss.; *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, editorial Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 379 y ss.
- RIVERA TEMPRANO, EZEQUIÁS, *Principios de la potestad sancionadora en la Ley 30/1992*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, tomo VIII, Madrid, abril 1994.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME / RAPOSO ARCEO, JUAN J., *La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Reglamento de Procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, en Procedimiento Administrativo. Ponencias del I coloquio hispano-portugués, Colección Jornadas e Seminarios, Xunta de Galicia, núm. 10, Santiago de Compostela, 1994, pp. 339 y ss.*
- RUBIO DE CASAS, MARÍA G., *Potestad sancionadora de la Administración y garantías del administrado: comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984: el caso Öztürk*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 104, mayo-agosto 1984, pp. 375 y ss.
- SAINZ DE ROBLES, FEDERICO CARLOS, *Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XIX, núm. 4637, Madrid, 28 de septiembre de 1998.
- SANZ GANDASEGUI, *La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, EDERSA, 1985.
- SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, editorial Il Mulino, Bolonia, 1983.
- SUAY RINCÓN, JOSÉ, *El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 109, enero-abril 1986, p. 214; *La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 123, septiembre-diciembre 1990, p. 164.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Procedimiento Administrativo Común. Comentario a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 424.
- VÁZQUEZ SELLES, SANTIAGO, *La delegación de la potestad sancionadora en vía de recurso; criterio del Tribunal Superior de Justicia de Galicia: nulidad de las sanciones dictadas por el Director General de Tráfico*, en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XIX, núm. 4545, Madrid, 21 de mayo de 1998.
- ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1924.

Expropiación y reversión de los terrenos. Excepciones

Lerrado del Consejo de Estado
(excedente).
Profesor de derecho
administrativo

José Antonio García-Trevijano Garnica

1. Características generales de las expropiaciones

La expropiación ha sido una técnica habitual en el urbanismo. Por tal se entiende toda privación forzosa (también ocupaciones directas o ventas forzosas) de un derecho, sea el de propiedad u otro (se incluyen asimismo por tanto las servidumbres) (art. 1 Ley Expropiación Forzosa).

Antes de la Constitución el Estado regulaba todas estas cuestiones, incluidas las expropiaciones urbanísticas, alcanzando la legislación a las causas de expropiar, a los procedimientos y a los justiprecios.

Así, el Texto de 1976 preveía como causas de expropiación las siguientes:

- sistema de ejecución (arts. 135 y ss.).
- fines en general previstos en los planes (arts. 64 y ss.).
- obtención de patrimonio municipal del suelo (art. 90).
- obtención de terrenos destinados a sistemas generales (art. 134.2)

- ejecución de programas de actuación urbanística (art. 152).

- expropiaciones-sanciones por incumplimiento de obligaciones y cargas impuestas por la Ley (arts. 66 y 124.2).

Contemplaba además el T.R. de 1976 la posibilidad de ocupaciones temporales (art. 52) así como ventas forzosas como mecanismo de reacción sancionatoria de acuerdo con el Reglamento de Edificación Forzosa.

En cuanto al procedimiento, en los arts. 135 y 138 se preveía un doble cauce: tasación individual y tasación conjunta.

Sobre justiprecio, el art. 108 establecía que la expropiación de suelo urbano o urbanizable en cualquiera de sus categorías se haría por el valor urbanístico de los terrenos, salvo que el inicial fuera superior. Tal aprovechamiento sería el que resultara del uso e intensidad de ocupación permitido por el plan en suelo urbanizable no programado, el medio del sector en el programado, y el permitido por el plan -o en su caso el medio fijado para el polígono o unidad de actuación, y si no 3 m³/m²- en el urbano, y siempre con posibilidad de incremento o disminución en un 15% según el grado de urbanización y particularidades de los terrenos. El suelo no urbanizable se tasaría por su valor inicial (art. 107).

En cuanto a reversiones expropiatorias (arts. 67 y 163 del Texto de 1976 y art. 44 del R.E. Forzosa), se preveían para caso de incumplimiento, modificación o alteración del fin expropiatorio, y, en ventas forzosas, si el adquirente incumplía.

2. La Ley 8/90 y el T.R. de 1992

Con estas normas se potenciaron las posibilidades expropiatorias, ratificando que los planes legitimarían para proceder al efecto (art. 132), y estableciendo como causas específicas de expropiación las siguientes (art. 206):

a) Cuando el sistema de expropiación sea el establecido como sistema para la unidad de ejecución correspondiente.

b) Para ejecución de sistemas generales y dotaciones locales, excluidas de unidades, en suelo urbano.

c) Para obtención anticipada de sistemas en suelo urbanizable.

d) Para constitución o ampliación de patrimonio municipal del suelo u otros patrimonios públicos de suelo.

e) Para obtención de terreno destinado en el planeamiento a construcción de viviendas de protección oficial u otro régimen

de protección pública, o a otros usos declarados expresamente de interés social.

f) Por incumplimiento de la función social de la propiedad.

g) Demás supuestos legalmente previstos (por ejemplo, arts. 137, 183, 188.2 T.R.).

Particular importancia tiene el art. 206.1.f) sobre incumplimiento de la función social de la propiedad, ligada al art. 19, que obliga al propietario a incorporarse al proceso urbanizador y edificatorio, y que permite expropiar en casos de edificaciones ruinosas e inadecuadas que no se rehabiliten o reconstruyan, parcelaciones ilegales, o cuando el propietario no urbanice en plazo, edifique, pida licencia, o cuando la incumpla o le caduque. Lo establecen así los arts. 30 y ss. y 248 y 249 T.R.

Bajo este texto, en los pequeños municipios la expropiación por incumplimiento de la obligación de urbanizar o edificar en plazo sólo tiene lugar si los mismos lo deciden con carácter general para todo o parte de su término municipal (adicional 1ª).

El procedimiento de expropiación puede ser igualmente el de tasación conjunta o individualizada.

Por su parte, el Título V del T.R. (arts. 206 a 226) desarrolla con mayor detalle lo que antes establecía el T.R. de 1976, tanto sobre procedimiento como sobre las características de las expropiaciones, la reversión y los efectos de las impugnaciones que se presenten.

Desde el prisma del justiprecio, los arts. 48 y ss. establecen un nuevo régimen de valoraciones adecuado al nuevo sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas que se introduce. Pero a efectos de expropiación, los arts. 32, 59 y ss. prevén que cuando se trate de expropiar terreno urbano, se tasaré por el 75% del aprovechamiento tipo (a salvo que ya se hubiera urbanizado, en cuyo caso lo será por el aprovechamiento urbanístico), y, si urbanizable programado, por el 50% del aprovechamiento tipo, a salvo la misma observación. En el caso de suelo urbano no incluido en áreas de reparto se acude a la promediación de los aprovechamientos tipo de las demás áreas de uso residencial predominante en ese suelo de acuerdo con el art. 59.2.

En cuanto a los municipios pequeños en los que no deba regir el régimen de áreas de reparto y aprovechamientos tipo en suelo urbano, se estará al aprovechamiento urbanístico, y, cuando se trate de suelo que no tenga atribuido aprovechamiento lucrativo y no esté en una unidad de ejecución, se estará al valor de 1 m² construible por cada m² de suelo de uso predominante en el polígono fiscal.

Importancia destacable tiene el régimen de reducción de valores en caso de expropiaciones sanciones (o ventas forzosas), previéndose el abono del valor inicial, la mitad del aprovechamiento urbanístico, o la mitad del aprovechamiento para el que se hubiera obtenido licencia, según el caso (arts. 30, 31, 34, 38).

Finalmente el Texto Refundido afronta la regulación de una materia siempre complicada como la reversión expropiatoria. En derecho urbanístico se suscitan dos cuestiones a este respecto: si existe o no el derecho de reversión, y, de existir, cuál es el procedimiento y circunstancias de su ejercicio.

La regla general es que sí existe tal derecho, al preverlo claramente el art. 225 T.R., que establece que si en virtud de modificación o revisión de planeamiento se alterara el uso que motivó la expropiación, procederá la reversión, salvo que concurran las circunstancias que la propia ley prevé. Es decir, que tanto la alteración del fin que sirvió de causa expropriandi como el no uso o destino del bien a ese concreto fin legitiman en principio la reversión. Incluso es posible aceptar la de los bienes sobrantes conforme a la previsión de la L.E.F., supletoria, de la del Suelo (art. 215 T.R.).

El Texto Refundido de 1992 soluciona algunos de los problemas que la legislación general expropiatoria tenía planteados:

■ En primer lugar, si la variación de la finalidad a la que se destina el bien expropiado genera derecho de reversión, estableciéndose que no si el nuevo uso fuera igualmente dotacional público, equiparándose a éste la calificación del terreno para construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública siempre que la Administración mantenga la titularidad del suelo afectado (es el caso de construcción de viviendas mediante régimen de derecho de superficie).

■ Y en segundo lugar, si hay un plazo máximo de duración de la causa expropriandi, y, por ende, del derecho de reversión, estableciéndose al efecto un plazo de 8 años cuando el uso dotacional que motivó la expropiación hubiese sido efectivamente implantado y mantenido durante ese tiempo. Parece que el día a quo es el día de la ocupación.

Manifiesta algunas particularidades la reversión en caso de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad.

Si se expropió por no urbanizarse, en caso de que transcurran 10 años sin que se haya urbanizado surge el derecho de reversión en favor del expropiado, derecho que deberá ejercitar, a falta de previsión, en el plazo de un mes desde que la Administración así se lo haga saber, por ser ése el plazo general

de la L.E.F. (arts. 55 L.E.F. y 226.1 T.R.). Prevé el art. 226.2 que el expropiado que recupere la titularidad de los bienes por esa vía no adquirirá más facultades urbanísticas que las tenidas en cuenta en la determinación del justiprecio. Quiere decirse con ello que, como cuando se expropió por vía de castigo no se pagó al titular el total valor de los bienes o derechos que tenía, sino un valor reducido –que puede ser el inicial o el de la mitad del aprovechamiento urbanístico, o en su caso el previsto en el planeamiento anterior (art. 52 T.R.)–, ése será el precio que el expropiado pagará en principio a la Administración por la reversión, por lo que pasará a ocupar la posición temporal, en el régimen de adquisición gradual de facultades urbanísticas, que tenía cuando se le expropió.

Estamos en cualquier caso ante un precepto problemático porque es perfectamente posible que en el intervalo la Administración haya acometido obras de urbanización, en cuyo caso parece lógico que sean pagadas por el expropiado y que el mismo se sitúe en el correspondiente punto de adquisición gradual de facultades en el proceso urbanizador.

Lo que no se regula en el T.R. es el plazo de que dispondrá el expropiado para concluir el proceso, por lo que habrá que aplicar analógicamente el general –4 años– que parece deberá computarse por completo desde el momento en el que el reversionista recupere el bien. No hay razón para disponer otra cosa, salvo que el planeamiento contenga alguna previsión.

Por otro lado, existe también la venta forzosa como mecanismo alternativo de reacción-castigo. Como la venta forzosa es otra forma de expropiar, si el adquirente no cumple, como es su obligación, con el proceso urbanizador en los plazos establecidos al efecto, también surge el derecho a la recuperación de la titularidad por parte del forzosamente privado de los bienes. Lo reconoce expresamente en el art. 226.1 T.R., y ya lo preveía el art. 44 del Reglamento de Edificación Forzosa. Es decir, que no pueden volver a ponerse en venta forzosa (previsión general del art. 236) los bienes si antes no se ofrecen al que se vio privado de los mismos. Lo destacable aquí es que el adquirente en venta forzosa no dispone de los 10 años atribuidos a la Administración, sino precisamente del plazo establecido en la convocatoria que sirvió de base para su adquisición por vía forzosa.

Y si se expropió por no edificarse, la única diferencia estriba en que la Administración dispone de 5 años, no los 10 vistos antes, para cumplir con tal carga (concluir la edificación, dice el art. 226.1, pues la iniciación deberá tener lugar en el plazo

de un año desde que la Administración decida sobre la forma de edificar; art. 208.1).

En caso de que la expropiación sea el sistema de gestión, producida la reversión, quien recupere la titularidad de los bienes se situará en la posición de obligado a ejecutar el planeamiento ¿por qué sistema? Parece que habrá que fijarlo en la forma prevista por la legislación urbanística. Si a su vez se incumple, se desemboca en expropiación por incumplimiento (art. 149. 3 y 4 T.R.).

Destaca a este respecto que cuando se produce la reversión, la Administración no sufre el castigo que sí soporta el administrado cuando se le expropió por incumplimiento propio, es decir, que quien ejercita el derecho de reversión tiene que pagar el correspondiente valor del terreno. Parece que las obras se abonarán también por su valor.

En cuanto a dicho precio, de acuerdo con el art. 173 T.R., parece que no pagará el reversionista más del 50 ó 75%, según el tipo de suelo, aparte las obras realizadas (art. 51.3).

Obsérvese en todo caso que el art. 225.3 se refiere sólo al incumplimiento administrativo en la conclusión de la urbanización; nada se dice sobre el incumplimiento del deber de edificación. Para tal caso parece que hay que aplicar analógicamente las previsiones vistas de los arts. 208 y 226, es decir, posibilidad de venta forzosa, y, finalmente, reversión por incumplimiento de dicho deber.

Es posible por lo demás que puedan existir expropiaciones incompatibles con la reversión (por ejemplo expropiación para venta a terceros de viviendas de protección oficial). En este caso, pasen o no los 8 años, el derecho de reversión no existe.

3. El Decreto Ley 5/96 y la Ley 7/97

El primero no alteró a mi juicio el régimen de tasaciones derivado de los arts. 32 y 59 y ss. mencionado. Tampoco alteró directamente el régimen de justiprecio, aunque sí lo afectó indirectamente en los supuestos en los que la expropiación debiera girar en torno al mismo, al modificar los montantes de aprovechamiento urbanístico.

La Ley 7/97 introdujo por su parte dos concretas alteraciones en materia de aprovechamientos para incrementarlos en rehabilitaciones y en actuaciones asistemáticas en suelo urbano (no es ahora momento de entrar en ello).

4. La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo

Anuló buena parte del T.R. de 1992 por el mero hecho de no haber sido considerado legislación de aplicación total por el Estado. Anuló también parte de los restantes preceptos.

Mantiene la Sentencia, en cuanto a expropiaciones urbanísticas, que el Estado es competente para regular las expropiaciones forzosas de acuerdo con el art. 149.1.180 de la Constitución, pero sólo para establecer las características fundamentales del procedimiento expropiatorio y las garantías de los expropiados, dado que la expropiación forzosa no deja de ser un instrumento adjetivo ligado a la competencia material sustantiva que le sirve de base, y ésta –el urbanismo– no corresponde al Estado sino a las Comunidades Autónomas (algo parecido a lo que se juzgó en la Sentencia 56/86 sobre el art. 180 del T.R. de 1976).

Tal postura tiene especial aplicación práctica sobre causas legitimadoras de las expropiaciones (causa expropriandi).

■ Sin entrar a valorar la “disección y desbroce” de preceptos constitucionales e inconstitucionales que sobre el T.R. 1/92 lleva a cabo la Sentencia en cuestión (con lo que se nos ofrece un texto estatal asistemático –nunca mejor dicho–, aunque no hay que olvidar que no todos los artículos del T.R. 1/92 fueron impugnados, ni se ha juzgado sobre todos), y sin entrar tampoco en el delicado problema del valor del Derecho estatal específicamente supletorio de la legislación autonómica que se produzca, el primer efecto destacable de la Sentencia sobre las expropiaciones urbanísticas es la invalidación de los arts. 206 y 207, excepción hecha del art. 206.1 f), del Texto Refundido de 1992.

El primero de tales preceptos establecía distintas causas de expropiación, por lo que habría a partir de entonces que estar a lo que la legislación autonómica estableciera, y en otro caso a las causas legitimadoras de tales medidas previstas en el Texto Refundido de 1976, que en gran medida vienen a coincidir con el propio art. 206 del T.R. 1/92.

Se mantuvo sin embargo como causa expropriandi la relativa a “incumplimiento de la función social de la propiedad”, pues entendió el Tribunal Constitucional que la competencia material sustantiva que el Estado ostenta se encuentra en el art. 149.1.1^a de la Constitución, aunque expresamente afirma que no por ello se pueden concretar ahora cuáles son los deberes básicos cuyo incumplimiento encajaría dentro de esa causa de expropiación, por lo que habrá que resolverlo caso por caso y a la vista de la Legislación autonómica.

El art. 207 también fue declarado inconstitucional, pero no porque su contenido lo fuera (ya que al fin y al cabo concretaba la citada posibilidad de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad), sino por imponer, con carácter imperativo, la pertinencia de la expropiación cuando se incumplieran los plazos para urbanización o edificación, los deberes básicos en general establecidos en la Ley, o cuando se procediera a una parcelación ilegal de suelo urbanizable no programado o no urbanizable.

Realmente la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad tenía razón de ser, en la visión del Texto Refundido de 1992, en los siguientes casos:

a) Cuando se incumpliera el deber de urbanizar, cuando no se pidiera licencia de edificación, cuando no se cumpliera con tal licencia, o cuando se actuara sin ella o contra el planeamiento. Pero la validez del artículo 206.1.f) quedó en la práctica sin demasiado alcance, en cuanto que la propia Sentencia del Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales los arts. 30.3 y 31.2 (sobre reacción ante el deber de urbanizar), 34 (igual sobre adquisición del derecho a edificar), 36 (extinción del derecho a edificar), 38, 39, 40.3, 248 y 249 (efectos de la edificación sin licencia o contra ella o el planeamiento).

Es decir, que pese a que se declaró constitucional, en términos abstractos, el esquema de adquisición gradual de facultades urbanísticas, el efecto concreto del incumplimiento (la expropiación sanción o la venta forzosa) es materia urbanística, y por tanto de competencia autonómica, motivo por el cual, como se ha dicho, el art. 206.1 f) quedó sin mayor aplicación práctica a la vista del propio Texto Refundido. Habría que estar a la legislación autonómica correspondiente o a los efectos que sobre incumplimiento de tales deberes –y en visión en cierto modo distinta– se dedujeran del Texto Refundido de 1976, salvo que existiera legislación autonómica, que sería preferente.

b) En casos de edificaciones inadecuadas o ruinosas. Pero, al igual que en el punto anterior, vistos los arts. 228 y 247 T.R. 1/92 reguladores de esta materia, no parece pudiera mantenerse tras la STC 61/97 como imperativa la expropiación o venta forzosa, sino que, como en ese otro caso, habría que estar a la legislación autonómica o a lo que se dedujera del Texto Refundido de 1976. Ciertamente el art. 228.3 T.R. 1/92 no se declaró inconstitucional en su primera parte por la Sentencia 61/97 –en concreto cuando disponía que en caso de venta forzosa por edificación ruinosa el valor que recibiría el propietario sería la mitad del valor del aprovechamiento susceptible de adquisición–.

Pero se declaró inválido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1997.

c) En función de lo que establezca la legislación autonómica cabía también mantener tras la STC 61/97 la posibilidad de expropiación en el casos de parcelaciones ilegales, pues al fin y al cabo el art. 207.b) del Texto Refundido 1/92 se declaró inválido sólo por el carácter imperativo que pretendía atribuir a las expropiaciones.

d) Lo propio hay que decir de lo dispuesto en el art. 184 T.R. 1/92 (caso de incumplimiento por el adjudicatario de un Programa de Actuación Urbanística). La validez del art. 184.2 careció de efecto práctico a la vista de la invalidación de los antes citados arts. 30 y ss. del propio Texto. No obstante, parece cabía mantener lógicamente este tipo de expropiación tanto cuanto la legislación autonómica lo previera como cuando lo hiciera el planeamiento.

■ En cuanto al justiprecio, la situación pasó a ser problemática a raíz de la STC 61/97, pues al declararse inconstitucionales los arts. 32 y 59 y ss. del T.R. 1/92, parece que no habría que acudir al régimen de valoración del Texto de 1976, sino a los arts. 48 y ss. del Texto de 1992, dado que formalmente se mantenía el llamado sistema de adquisición gradual de facultades y esos mismos artículos. Parece por tanto que habría que evaluar sobre la base de tales preceptos, realmente vacíos tras dicha Sentencia al anularse el régimen de cálculo de aprovechamientos (art. 27).

■ Respecto a expropiación-sanción, aunque ésta podría mantenerse en la medida en que ya el Texto de 1976 lo permitía (art. 124.2), creo que dejaron de ser aplicables las reducciones de valor (los precios de castigo) previstos en el Texto de 1992. Incluso las posibilidades que dejaba la STC 61/97 al no declarar inconstitucional parte del artículo 228.3 quedaron sin contenido una vez considerado inválido por la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1997. Por tanto, aunque la expropiación fuera por incumplimiento, habría siempre que estar al valor que tuviera el terreno según el momento en que se procediera a dicha expropiación.

■ El Tribunal Constitucional declaró asimismo inconstitucionales los arts. 220.1 y 221 del Texto Refundido de 1992 -el primero sobre declaración de urgencia expropiatoria en procedimientos de tasación conjunta, y el segundo sobre el procedimiento de expropiación individual- por entender (lo que es muy discutible) que la regulación que sobre tales cuestiones se recogía en dicho Texto Refundido excedía de lo que constituía la

regulación mínima que sobre la materia correspondía al Estado, y por considerar que este tipo de expropiación, incluso tales reglas, iba ligada a la competencia material sustantiva que la amparaba, que era urbanística y por tanto autonómica.

■ La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1997 declaró por su parte inválido el art. 219 por considerar que no era resultado de una refundición de textos legales anteriores con rango de Ley, sino una innovación improcedente en un Texto Refundido, al atraer reglas del reglamento de Gestión Urbanística. También se consideró inválido el art. 228 párrafos 3 y 4.

■ El resto de los preceptos de aplicación necesaria del Texto Refundido se mantenían como válidos en la STC 61/97, declarándose sin embargo inconstitucionales los supletorios arts. 208, 209, 211.1 y 2, 212, 227.1. primera parte, 227.2, 228.1,2,3, primera párrafo, segunda parte, 229, 230, 231, 233, 234 y 236, por lo que la regulación material correspondiente habría de completarse con la legislación general de expropiación forzosa o con el Texto de 1976.

■ En particular, en cuanto a venta forzosa como mecanismo alternativo a la expropiación (permitida con carácter general en el art. 227.1 primera parte), se declaró inconstitucional el T.R. 1/92 por considerarse que aparecía redactado en términos imperativos a fin de que la Administración competente utilizara necesariamente tal instrumento, igual que se argumentó para declarar inconstitucional el art. 207.

■ El régimen de las reversiones se mantuvo tras la STC 61/97 (arts. 225 y 226; ninguno de tales preceptos había sido impugnado).

■ Cuestión diferente, aunque enlazada con todo ello, es el problema de la determinación del alcance temporal de la STC 61/97. Parece que se conservarían los expedientes ya finalizados (más claramente aún los firmes). El problema consiste en determinar qué se considera expediente expropiatorio terminado; a falta de otra previsión, y salvo que se aplicara analógicamente la disposición transitoria 1^a.3 del T.R. de 1992 –declarada vigente– (que acude al momento de descripción de bienes y derechos afectados), hay que entender que la finalización de un procedimiento expropiatorio, al menos desde el prisma del justiprecio, que es lo que estamos tratando, se produce con la fijación definitiva del mismo en vía administrativa.

La problemática podía quedar en todo caso obviada caso de existir legislación autonómica que estableciera otra cosa, o que pudiera proteger la aplicación, aunque fuera por remisión, del Texto de 1992.

5. La expropiación urbanística en la Ley 6/98, de 13 de abril

Se tenía elaborado en marzo de 1997 el anteproyecto de nueva Ley del Suelo estatal cuando llegó la Sentencia 61/97. Dicho anteproyecto, terminado de redactar pocos días antes del fallo, obedecía a criterios políticos diferentes. Así, preveía una potenciación del suelo urbanizable, disminuía el régimen de persecución policial en lo que a adquisición gradual de facultades urbanísticas se refiere, modificaba los aprovechamientos urbanísticos (asumiendo de alguna manera la Ley 7/97), y establecía un nuevo régimen de valoraciones.

Llegada la Sentencia se hacía preciso una reconsideración del anteproyecto, lo que en parte se llevó a efecto, aprobándose un proyecto de ley algo distinto. Baste destacar que en dicho proyecto se eliminaron algunas de las previsiones que el Estado no podía regular vista la doctrina del T.C. (deberían haberse eliminado algunas otras). Particularmente en materia de expropiación forzosa la diferencia entre el anteproyecto y el proyecto era mínima, pues sólo se eliminaron unas pequeñas referencias que hacían el art. 39 del anteproyecto a las unidades de ejecución y el art. 36.2 a las expropiaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad.

A su vez, entre el proyecto y la Ley final destacan diferencias más importantes (se desvanece en gran parte el previsto suelo urbanizable, se prevé un mayor aprovechamiento privado en suelo urbano "consolidado", se deja muy en el aire el tema de los aprovechamientos mínimos de los propietarios en la medida en que no pueden emplearse técnicas urbanísticas como son los mecanismos de cálculo de aprovechamientos ni la definición de ámbitos de gestión o reparto, etc.). Todo ello produce la sensación de que al final la Ley 6/98 no es sino más muestra de una retirada expresa –por Ley y con dolor– del Estado en su clásico papel de legislador urbanístico, aunque sí se dejan puestas algunas "cargas de profundidad".

Limitándome a las expropiaciones forzosas, cabe resaltar de entrada dos diferencias concretas:

■ por una parte, mientras que en el proyectado art. 33 volvían a establecerse –sin duda en contra de la STC 61/97– casos concretos en que podría emplearse la expropiación urbanística, tal y como más o menos hacía el inconstitucional art. 206 T.R. 1992, en la Ley final se ha suprimido tal referencia, y así el actual art. 34 se limita a afirmar que la expropiación por razón de urbanismo podrá aplicarse de acuerdo con las finalidades previstas en la legislación urbanística, y asimismo por incumpli-

miento de la función social de la propiedad, con los requisitos previstos en la Ley de Expropiación Forzosa, términos, como puede observarse, mucho más genéricos, que dejan en manos de las Comunidades Autónomas concretar al respecto. Esta modificación es consecuencia de una enmienda introducida en el Congreso a instancia del Grupo Parlamentario Catalán (nº 259).

■ por otra, mientras que en el proyecto no se contenía previsión derogatoria expresa, en la Ley –también fruto de una alteración introducida en el Congreso, modificada a su vez en parte en el Senado– se derogan expresamente la Ley 7/97 y determinados preceptos del T.R. de 1992 no declarados inconstitucionales por la Sentencia 61/97, algunos de ellos relativos a expropiaciones.

Las características fundamentales de la nueva Ley, en lo que a expropiaciones se refiere, son las siguientes:

■ Se establece (art. 33) la legitimación de expropiaciones por la aprobación de los instrumentos de planeamiento, en el sentido de que éstos comportarán la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación. Reproduce así el art. 132 del T.R., precepto que no se declaró en todo caso inconstitucional –sin estudiarse el fondo– porque en la STC 61/97 se consideró que estaba mal planteado el recurso. Dicho art. 132 no iba a ser objeto de derogación expresa por la nueva Ley según versión del Congreso de diciembre de 1997, pero en el texto final se ha incluido tal expresa derogación.

■ Se prevé (art. 35) la aplicación supletoria de la Ley de Expropiación Forzosa, lo que más o menos ya se contenía en el art. 215 del T.R., que es expresamente derogado.

■ Se posibilita (art. 36) el empleo de expediente individualizado o de tasación conjunta. Viene a ratificar, más o menos, el art. 218 del Texto de 1992, al que le sucede lo mismo que al artículo 215, y cuya expresa derogación también se prevé. En todo caso no debe olvidarse que se declaró inconstitucional el precepto regulador de la tasación individual (art. 221), sin perjuicio de reconocer al Estado competencia para establecer reglas generales, lo que debe tenerse en cuenta a los efectos de seguir acudiendo, en cuanto a procedimiento expropiatorio, al T.R. de 1976.

■ Cabe (art. 37) el pago del justiprecio en especie. Ya estaba previsto en el Texto de 1976, y después en el no inconstitucional art. 217 del Texto de 1992 (cuya expresa derogación se contempla ahora). En todo caso la nueva Ley no excluye esta posibilidad de pago en casos de expropiaciones sancionatorias, a

diferencia de los previsto en el T.R. de 1992. Pero ahora se exige siempre, es decir, incluso cuando no se trate de expropiaciones sancionatorias, pacto con el expropiado.

■ Se tratan (art. 38) los efectos del pago o depósito en la tasación conjunta, reiterándose lo ya establecido en el no impugnado art. 220.2 del T.R. (que se deroga de forma expresa). Añade la nueva Ley –fruto de enmienda del Senado– la referencia expresa a que el documento de adjudicación de fincas, en caso de pago en especie, habilita para proceder a la ocupación de las expropiadas.

■ Se regula (art. 39) la ocupación e inscripción registral, reproduciéndose más o menos el no recurrido art. 223 del T.R., cuya expresa derogación se contempla.

■ En cuanto a reversiones (art. 40), la regulación es en principio similar a la contenida en los 225 y 226 T.R. de 1992 (cuya derogación expresa se prevé). Pero se introduce también una previsión específica para caso de incumplimiento en expropiaciones destinadas a obtener patrimonio municipal del suelo al objeto de no facilitar que la Administración, en contra de lo que preveía el T.R. 1/92, se quede con las plusvalías a base de modificar puntualmente la clasificación del suelo ya expropiado. Además, no se prevé sanción en el justiprecio (precios reducidos de castigo como en el T.R. de 1992). Nada se dice sobre reversión en caso de expropiación sanción debida a incumplimiento de la obligación de edificar, lo que no queda impedido si la legislación autonómica lo establece. Por otra parte, hay lógicamente que tener en cuenta las modificaciones indirectas fruto del nuevo régimen de valoraciones que la Ley implanta.

■ Las valoraciones serán las nuevas que se establecen en el Título III; en ellas se quita en principio valor al momento temporal en que se basaba sustancialmente el régimen de “adquisición gradual” diseñado por la Ley 8/90. Éste es sin duda el aspecto de mayor incidencia de la legislación estatal sobre expropiaciones, al ser ello, según ha entendido el Tribunal Constitucional, competencia del Estado, razón por la cual estimó constitucionales los arts. 48 y ss. del Texto Refundido de 1992, que han sido sustituidos por el citado Título III ante su imposibilidad de aplicación efectiva una vez desaparecido casi todo el Texto de 1992 que lo rodeaba y hacía cuerpo con ello.

Por su parte, el art. 24 de la Ley dispone que la fecha a la que se referirán las valoraciones será la de inicio del expediente o la exposición pública del proyecto de expropiación, según se trate de procedimiento individual o de tasación conjunta.

■ Incluye por lo demás la nueva Ley una disposición transi-

toría afectante a las expropiaciones, la 5ª, en la que se establece que en los expedientes expropiatorios se aplicarán las reglas contenidas en esta Ley si no se ha alcanzado la fase de fijación definitiva del justiprecio en vía administrativa (esta última referencia no se contenía en el proyecto remitido en su día por el Gobierno a Las Cortes).

En resumen:

a) La nueva Ley reproduce en buena parte lo que quedaba como no declarado inconstitucional del T.R. 1/92 y lo deroga de modo expreso. Pero, sin embargo, no asume ni deroga –como en buena técnica debería quizá haber hecho– lo previsto en los arts. 210, 213, 214, 222 y 224 T.R. 1992, que siguen vigentes, cosa que obligará a seguir acudiendo a ellos.

Tampoco dice nada la nueva Ley, ni asume, la regulación de los arts. 135 y 138 T.R. de 1976 (y art. 202 R.G.U.) sobre procedimientos de expropiación, por lo que en principio ésa seguirá siendo la regulación aplicable. A falta de norma autonómica no cabe duda de que seguirá ejerciéndose el T.R. de 1976, pues la Ley 6/98 no pretende ser –ni puede– una norma de regulación integral de las expropiaciones o del urbanismo. Lo propio hay que entender si se trata de una norma autonómica anterior a la STC 61/97. Más dudoso es sin embargo cuando exista norma autonómica posterior. A este respecto, siempre se aplicará el T.R. de 1976 sobre aquellas materias de competencia estatal sobre las que el propio Estado no haya introducido regulación alguna en la Ley 6/98. Si se trata de materias de competencia autonómica hay que presumir que sólo se aplicará lo que las Comunidades Autónomas hayan querido regular, no por tanto el T.R. de 1976. Sobre el procedimiento expropiatorio la STC 61/97 señaló que la competencia es compartida, correspondiendo al Estado la fijación de los aspectos mínimos o principales de la institución, como sucede con los procedimientos en general. Quizá la Ley 6/98 debió regular más en profundidad el tema; el no haberlo hecho, al ser una materia compartida de fronteras poco claras, y, finalmente, al haber surgido una evidente complicación práctica sobre la distribución de competencias tras la STC 61/97 (creo que sobre procedimiento expropiatorio, a falta de norma autonómica, hay que seguir acudiendo al T.R. de 1976, aparte, por supuesto, al Reglamento de Gestión Urbanística. No se olvide tampoco que la Ley 6/98 no deroga expresamente el T.R. de 1976.

b) Deja en manos del legislador urbanístico autonómico la determinación de los casos en que cabe hacer uso de la expropiación, incluso de la expropiación-sanción. En cualquier caso

no parece contemplar, ni permitir, bajo el prisma de las valoraciones, una reducción-castigo en el justiprecio.

c) Sobre procedimiento de expropiación se aplicarán los arts. 36 y 38 de la nueva Ley; y para el resto, puesto que se trata de preceptos muy generales, habrá que estar, como digo, al Texto de 1976 y al R.G.U., a salvo norma autonómica más concreta. Como se ha visto, nada del T.R. 1992 que se refiriera al tema seguirá vigente o válido:

C.1. Sistema de tasación conjunta. Sus trámites son los siguientes:

Uno, elaboración de un proyecto de expropiación en el que se delimita el ámbito territorial de la misma, se identifican los bienes o derechos a expropiar, se fijan los precios según calificación urbanística, y se incluyen hojas de justiprecio individualizado de cada finca.

Dos, sometimiento de dicho proyecto a información pública, notificación personal a los afectados y aprobación del mismo.

Y tres, en los 20 días siguientes a la fecha en que se les notifique, los administrados pueden manifestar su disconformidad con la valoración. En tal caso se dará traslado del expediente al Jurado de Expropiación.

Ahora bien, lo importante es que la mera aprobación del proyecto, aunque se suscite tal oposición al justiprecio, permite a la Administración, previo pago o depósito del importe fijado en el mismo, la ocupación inmediata de los bienes o derechos. Ello parecería equivaler, como establecía el inconstitucional art. 220.1 T.R. (art. 138.4 del Texto Refundido de 1976), a una declaración de urgencia expropiatoria, pero en realidad no es así, sino que realmente estamos ante un procedimiento bien distinto al del art. 52 de la L.E.F. que sólo coincide en que la ocupación se acelera. Esa llamada declaración de urgencia no tiene otro valor que, por diferencia con la expropiación ordinaria, no tener que esperar para ocupar a que se pronuncie el Jurado.

C.2. Sistema de tasación individual. Es este otro procedimiento, que igualmente puede afectar a uno a varios expropiados, caracterizado por someterse a las reglas generales de la L.E.F., con tasación finca a finca en el seno del expediente ordinario expropiatorio.

Puede ser utilizado alternativamente al anterior (art. 218), destacando los siguientes aspectos:

Uno, existiendo causa de utilidad pública, y pese a que tal utilidad pública pueda –en criticable terminología del legislador¹– implicar la necesidad de ocupación, lo cierto es que necesariamente hay que determinar mediante algún tipo de acuerdo

¹ Habitualmente empleada en múltiples normas, en detrimento claro de los derechos del expropiado, en particular cuando ni se prevé la notificación personal de los acuerdos determinantes de esa necesidad de ocupación, ni siquiera su previa audiencia personal en el expediente; piénsese por ejemplo en la aprobación de proyectos de obras (costas, carreteras, etc.).

cuáles son los bienes y derechos concretos que van a expropiarse. Ésa es genuinamente la función de los acuerdos de necesidad de ocupación de las expropiaciones ordinarias previstos en la L.E.F. (art. 135 T.R. 1976).

Dos, para efectuar esa determinación se prevé que, previa información pública por plazo de 15 días, se aprobará la relación de propietarios y descripción de bienes y derechos afectados. Únicamente es innecesario este trámite cuando tales bienes y derechos ya están prefijados al delimitarse la unidad de ejecución (art. 135 T.R. 1976 y 199 R. Gestión Urbanística).

Y tres, seguidamente se abrirá la pieza de justiprecio conforme a la L.E.F. y se procederá al pago, consignación y ocupación subsiguiente, exactamente igual que en las expropiaciones ordinarias².

■ Por lo demás, son características específicas destacables en las expropiaciones urbanísticas, las siguientes: Los errores no denunciados en la fase de información pública y alegaciones personales no darán lugar a nulidad o reposición de actuaciones. No cabrán acciones reales o interdictales contra la Administración una vez ésta ha inscrito. Si aparecen terceros interesados no tenidos en cuenta en el expediente, éstos podrán ejercitar cuantas acciones personales les correspondan y percibir el justiprecio oportuno. La constitucionalidad y alcance de todas estas previsiones no es objeto de estudio en este momento (arts. 222 y 224).

■ Basta finalmente con destacar que el R.D. 1093/97, de 4 de julio, en desarrollo del art. 307.8 T.R. 1992, concreta en sus arts. 22 y ss. la mecánica de acceso al Registro de los procedimientos expropiatorios de tasación conjunta y del cambio final de titularidad. Para los individuales remite al Reglamento Hipotecario.

6. Incidencia de todo ello sobre el derecho autonómico. Ley de Galicia 1/97

1. Los preceptos de competencia estatal no declarados inválidos por la STC 61/97 o por la del T. Supremo de 25 de junio de 1997, ni expresamente derogados por la nueva Ley 6/98, son aplicables necesariamente, aunque siempre en tanto alguno de ellos no se declare inválido en un futuro (fruto de una cuestión de inconstitucionalidad; recuérdese que algunos preceptos del T.R. 1/92 no han sido juzgados porque no fueron impugnados o porque la impugnación no fue correctamente planteada).

² Tiende a creerse que tasación conjunta es expropiación urgente y tasación individual expropiación ordinaria y no es así. De los dos procedimientos de expropiación urbanística el de tasación individual viene a coincidir con alguno de los de la L.E.F., sea el ordinario, sea el urgente (porque nada impide que en procedimientos individuales pueda declararse la urgencia y anticiparse la ocupación al pago conforme al art. 52 L.E.F.). El procedimiento de tasación conjunta no es el procedimiento de expropiación urgente de la L.E.F., aunque sea un procedimiento rápido, quizás más rápido que el del citado art. 52. Por ello el procedimiento de tasación conjunta no contempla declaración de urgencia alguna.

2. Para conocer el resto de reglas aplicables a las expropiaciones habrá que acudir al Texto Refundido de 1976, a salvo que exista norma autonómica que lo excluya válidamente (no se olvide que este texto no fue válidamente derogado por el T.R. 1/92 y no lo ha sido expresamente por la Ley 6/98).

3. Las leyes autonómicas suelen asumir, e incluso ampliar, las causas de expropiación contempladas en el T.R. 1/92 y antes en el T.R. de 1976. No lo ha hecho así en cambio la LRAU 6/94 de la Comunidad Valenciana, la cual, a efectos expropiatorios se apoyaba directamente, e incluso, remitía, a la legislación estatal (entonces el T.R. 1/92). Si lo hacen, en cambio, la Ley de Madrid 9/95 o la Ley Foral Navarra 10/94. Habrá que esperar a futuras normas autonómicas.

Destaquemos sin embargo las particularidades de la Ley de Galicia 1/97, de 24 de marzo. Se trata de una Ley posterior a la STC 61/97 pero anterior a su publicación en el B.O.E. Puede decirse que se trata por tanto de una Ley surgida en un momento temporal intermedio entre el T.R. 1/92 y su formal invalidación. En Galicia, en materia de expropiaciones, se aplicará siempre la Ley 6/98 (salvo que se invalide) y lo no derogado (y no inconstitucional) del T.R. 1/92, es decir, los arts. 210, 213, 214, 222 y 224. El resto, a falta de regulación específica (o exclusión expresa o tácita) en dicha Ley, se somete, como vimos, al T.R. de 1976 y a sus Reglamentos, en particular al de Gestión Urbanística. Veamos:

1. **Causa expropiandi.** El art. 54 de la Ley reproduce el art. 132 T.R. 1/92 (derogado), hoy art. 33 Ley 6/98, sobre utilidad pública y "necesidad de ocupación" derivada de los instrumentos de ordenación urbanística.

A su vez, los arts. 125, 127, 142 y ss. y 151 tratan de la expropiación como sistema o como reacción ante el incumplimiento de la obligación de gestionar suelo. Todo ello entra dentro del ámbito de competencias del legislador autonómico.

Nada se establece sin embargo sobre causas concretas legitimadoras de las expropiaciones, por lo que éstas serán las permitidas por la propia Ley de Galicia, y las previstas en el T.R. de 1976, como vimos al principio. Así se deduce de las propias reglas de la Ley de Galicia y de la falta de regulación más específica al respecto. Téngase en cuenta que si dicha Ley no dispone nada más concreto, ello se debe a que ya se preveía en el entonces presumiblemente válido art. 206 T.R. 1/92.

2. **Sobre procedimiento de expropiación forzosa** sí hay regulación concreta en la Ley de Galicia, específicamente en sus arts. 144.2 a 147. El art. 145 reproduce el inválido art. 219 del

T.R. 1/92 en cuanto a procedimiento de tasación conjunta, con el añadido de que los errores no denunciados en el plazo de exposición pública del proyecto de expropiación no darán lugar a invalidez de actuaciones, sin perjuicio del derecho a ser indemnizados los interesados; esto ya se preveía en el art. 222.1 del T.R. 1/92, que es precepto estatal no recurrido, y por tanto no tratado en la STC 61/97.

El art. 146 reproduce el art. 220 T.R. 1/92. La primera parte de ambos preceptos introduce la conceptualmente errónea previsión (vid. nota 1) de que la aprobación definitiva del expediente de tasación conjunta implica la declaración de urgencia de la ocupación; se trata además de una previsión que la STC 61/97 entendió que no podía imponer el Estado, sino sólo las Comunidades Autónomas, en este caso la de Galicia.

El párrafo 2 de esos mismos preceptos establece que el pago o consignación del justiprecio fijado en el proyecto de expropiación permite la ocupación (como en las expropiaciones urgentes, lo que no significa, como he dicho, que el procedimiento de tasación conjunta sea una expropiación urgente ni requiera –o hasta admita– la declaración de urgencia) sin perjuicio de lo que establezca el Jurado de Expropiación o en su caso la jurisdicción contencioso-administrativa. Es una previsión correcta en el esquema de una expropiación por vía de tasación conjunta.


En cualquier caso el precepto verdaderamente operativo en este ámbito, y que hoy establece lo mismo, es el 38 de la nueva Ley estatal 6/98, que viene a reproducir al 220.2 T.R. 1/92, el cual nunca fue impugnado, y sobre el que no hay por tanto juicio de validez en la STC 61/97.

Por su parte, el art. 146.3 de la Ley de Galicia 1/97 introduce una específica referencia a que el pago o consignación del justiprecio lo será en favor de quien acredite fehacientemente la titularidad del derecho o interés afectado. Viene así a incidirse sobre lo que establece el no juzgado (ni derogado) art. 222 T.R. 1/92.

El art. 147 de la Ley 1/97 se limita a prever que si no se sigue el procedimiento de tasación conjunta “se seguirá el que establece la legislación del Estado para la expropiación individual”. Declarado inconstitucional el art. 221 T.R. 1/92, que se refería a ello, podrá entenderse que la Ley de Galicia reenvía al mismo y lo hace propio autonómico, aunque es cierto que el reenvío no lo es a dicho precepto, sino a la más vaga “legislación del Estado”. En cualquier caso, esa misma regulación, y más en concreto, aparece en los arts. 135 T.R. 1976 y 199 y ss. del Regla-

mento de Gestión Urbanística, pero sobre todo en la L.E.F., sea expropiación ordinaria o urgente, como vimos.

3. **Respecto a justiprecios.** Poco dice la Ley 1/97, salvo que el valor de los terrenos incluidos en un polígono a expropiación se determinará en función del valor urbanístico, sin deducción o adición alguna (art. 144.1). En su día se aplicaban los arts. 48 y ss. y concordantes del T.R. 1/92. Hoy hay que estar al Título III de la Ley 6/98, al que ya me he referido. No se olvide la improcedencia actual de los "precios de castigo".

4. **Finalmente** la Ley 1/97 no refiere a la reversión expropiatoria. Hay que estar al art. 40 de la Ley 6/98. 

XURISPRUDENCIA



Articulación das funcións respectivas das comisións xulgadoras e da Comisión de revisión nos procesos de selección de persoal docente universitario e o seu control xurisdiccional.

(Comentario á Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia 199/1998, do 25 de marzo)

Área de dereito administrativo.
Universidade de Santiago de
Compostela

Carmen Camba Constenla

Introducción

A recente Sentencia 199/1998 do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia¹, do 25 de marzo de 1998, na que resolvía o recurso contencioso-administrativo interposto contra a Resolución do rector da Universidade de Santiago de Compostela, do 6 de outubro de 1994, é un dos últimos exemplos a que nos ten afeitos a xurisprudencia –salvo honrosas excepcións– dunha actitude autorrestrictiva no control dun amplo sector da actividade administrativa amparada na cobertura dunha suposta “discrecionalidade técnica”, autorrestrictión que se manifesta con especial intensidade no ámbito das oposicións, concursos, exames e outras probas de idoneidade.

¹ En adiante, TSX de Galicia.

Nalguns casos, como é o que nos ocupa, esta inhibición que practican os órganos xurisdiccionais reviste unha especial gravidade, tanto polo inxustifico desa, como pola deficiencia técnica da argumentación, como, en fin, polas consecuencias dende o punto de vista da vulneración da tutela xudicial que implica.

Resumo de autos

A Universidade de Santiago de Compostela convocou a concurso de méritos a provisión da praza 3007/93-94 de axudante de universidade, na Área de Coñecemento "Personalidade, avaliación e tratamento psicolóxico". Ó dito concurso presentáronse tres aspirantes, dos cales a Comisión Xulgadora seleccionou un e propúxoos para a provisión da praza. Outra das aspirantes impugnou a dita proposta, o que determinou a actuación da Comisión de Revisión que, tras examinala valoración que, dos méritos acreditados polos aspirantes, efectuara a Comisión de Provisión e logo de solicitar auxilio de dous catedráticos da Área de Coñecemento en cuestión alleos á Universidade de Santiago de Compostela, concluíu, en Resolución do 19 de setembro de 1994, que a dita valoración de méritos fora incorrecta e en consecuencia propúxolle ó rectorado a anulación da proposta inicial por entender que o candidato proposto era, dos tres, o menos idóneo.

Ámbolos dous candidatos, o inicialmente proposto e a que impugnara a proposta, formularon recurso contencioso-administrativo perante o TSX de Galicia contra a Resolución do rector da Universidade de Santiago de Compostela, do 6 de outubro de 1994 que, tendo en conta a proposta da Comisión de Revisión do Vicerrectorado de Profesores da mesma universidade², acordou a non provisión da praza litixiosa. O primeiro dos recorrentes solicitou a anulación da mencionada resolución e a confirmación da inicial da Comisión Xulgadora que o propoñía para a provisión da praza, en tanto que a segunda recorrente solicitou ademais da anulación da resolución rectoral, que lle adxudicasen a ela a praza, noutro caso que se retrotraesen as actuacións e se procedese á nova valoración dos méritos dos aspirantes e, en defecto de todo iso, que se convocase de novo a praza.

Por Auto do 13 de setembro de 1995 acordouse a acumulación de ámbolos dous recursos e a substanciación nun mesmo xuízo. O TSX de Galicia³ dictou sentenza desestimatoria o día 25 de marzo de 1998.

O primeiro que hai que dicir desta sentenza, antes incluso de entrar no exame de fondo dela, é que adoce dunha enorme

² Resolución xa mencionada do 19 de setembro de 1994.

³ Formando Sala os Ilmos. Señores don Gonzalo de la Hueriga Fidalgo (presidente), don Juan Bautista Quintás Rodríguez e don Benigno López González. Este último foi o ponente.

confusión expositiva. Atópanse mesturados os antecedentes de feito coa parte dispositiva, polo que non é posible reconstruí-lo *iter* procedemental dela máis que tras sucesivas lecturas e con apoio nos datos que se ofrecen en sede de fundamentación xurídica⁴. Chama tamén a atención, xa en sede de fundamentación xurídica da sentenza, a ausencia absoluta de invocación dos preceptos normativos –e/ou decisións xurisprudenciais– que se examinaron para elaborala decisión, de maneira que se inclúe unha única referencia legal e iso en sede de determinación de custas.

1. A actuación das comisións de reclamación e de revisión segundo a súa caracterización legal e xurisprudencial

Un recto entendemento da problemática que se lle formula neste recurso ó TSX de Galicia esixe partir do exame da natureza e funcións das chamadas comisións de revisión. Isto é precisamente o que a sentenza estudiada non fixo. Este exame abórdase dende o dobre punto de vista legal e xurisprudencial, partindo da caracterización que fixeron a Lei de reforma universitaria por un lado e o Tribunal Constitucional por outro a propósito da Comisión de Reclamación prevista para os procedementos de selección de persoal docente funcionario. Estas apreciacións serven perfectamente de guía interpretativa para a caracterización das comisións de revisión no ámbito da provisión de prazas de persoal docente interino e contratado.

a) *A Comisión de Reclamación prevista na Lei de reforma universitaria e a Comisión de Revisión do Vicerrectorado de Profesores da Universidade de Santiago de Compostela.*

A Lei de reforma universitaria⁵, no seu artigo 43, configura as comisións universitarias de reclamación como o órgano administrativo encargado de resolver as reclamacións presentadas contra as resolucións das comisións xulgadoras dos concursos de méritos para a provisión das prazas do persoal funcionario docente: profesores titulares de escola universitaria, catedráticos de escola universitaria, profesores titulares de universidade e catedráticos de universidade, sen que sexa procedente a dita reclamación cando o recurso se resolvera coa non provisión da praza⁶.

Isto é perfectamente lóxico, porque entra dentro da discrecionalidade da Comisión Xulgadora o feito de non prove-la

⁴ Hai incluso unha inconcreción fáctica importante pois, no antecedente primeiro, dáse a entender que o que impugnou a candidata preterida é a resolución de concesión da praza ó primeiro candidato proposto, en tanto que, no fundamento xurídico segundo, se aclara que o impugnado foi a proposta mesma da Comisión de Provisión.

⁵ Lei orgánica 11/1983, do 25 de agosto. En adiante, LRU.

⁶ Dispón o apartado 2º do mesmo artigo que estas comisións estarán compostas polo rector, seis catedráticos de universidade de diversas áreas de coñecemento, con ampla experiencia docente e investigadora, os que elixirá o Claustro Universitario por un período de catro anos mediante unha maioría de tres quintos en votación secreta.

praza se entendese que ningún candidato cumpre os requisitos satisfactoriamente, e porque ademais, ó estar limitada a resolución desta comisión á anulación ou ratificación da proposta de resolución, non lle quedaría máis alternativa que ratificar de oficio en tódolos casos porque a anulación da non provisión carecería de sentido se non incorpora a designación dun candidato, o cal, como xa sabemos, cae fóra das facultades deste órgano. É, así mesmo, perfectamente adecuado á función que cumpre esta Comisión de Reclamación, que é a de garanti-la igualdade de condicións dos candidatos e o respecto ós principios de mérito e capacidade deles, de acordo cos artigos 23.2º e 103.3º da Constitución, e non a do control da oportunidade da decisión, segundo logo teremos ocasión de ver.

O réxime de selección do persoal non funcionario non se previu, como é natural, na LRU senón que sería obxecto de desenvolvemento regulamentario por cada unha das universidades, en exercicio da autonomía que a mencionada lei consagra.

Para o caso que agora interesa, a normativa aplicable é a de selección de persoal docente interino e contratado que a Universidade de Santiago de Compostela aprobou na data do 14 de xullo de 1993. Conforme a esta normativa, unha Comisión de Revisión⁷, valoraría as reclamacións que se lle dirixen no prazo de cinco días hábiles fronte ás propostas das comisións xulgadoras (artigo 30). Esta comisión podía solicita-los asesoramentos que estimase oportunos para levar a cabo o seu labor (artigo 30) e tería que resolver nun prazo de tres meses, transcorridos os cales sen resolución expresa se consideraría a reclamación desestimada (artigo 31).

Tal como sinalai máis arriba, para o exame da natureza e funcións destas comisións revisoras son de grande axuda as precisións que o Tribunal Constitucional fixo con relación ás comisións de reclamación da LRU, tendo en conta que na propia normativa se sinalaba expresamente que as funcións da Comisión de Revisión eran "semellantes ás establecidas na Comisión de Reclamacións da LRU" (artigo 30)⁸.

b) As precisións achegadas pola xurisprudencia: a Sentencia 215/1991 do Tribunal Constitucional.

O TC tivo a oportunidade de pronunciarse acerca do papel destas comisións na súa Sentencia 215/1991, do 14 de novembro, a propósito da resolución dun recurso de amparo⁹.

Para o Alto Tribunal resulta evidente que non se trata dun órgano técnico no sentido especializado, como tamén que a súa función revisora non se limita ós aspectos formais das resolu-

⁷ Esta Comisión de Revisión está integrada polo rector ou o vicerrector en quen este delegue e catro membros con voz e voto (artigo 30).

⁸ *Vid.*, decididamente a favor da dobre competencia revisora –formal e substancial– da Comisión de Reclamación, J. J. Díez Sánchez, "Un órgano atípico y conflictivo: la Comisión de Reclamaciones del artículo 43 de la LRU", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 68, 1990, páxs. 559 á 592.

⁹ *Vid.*, J. J. Díez Sánchez, "La discrecionalidad técnica y la Comisión de Reclamaciones de las Universidades (A propósito de la STC 215/1991, de 14 de noviembre)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 79, 1993, páxs. 507 á 521.

cións das comisións xulgadoras (f. x. 4º). O tribunal observa que o seu control se limita ás propostas de provisión e iso élle de utilidade para a delimitación conceptual da tarefa que lle corresponde: “non pode ser certamente a de substituír na súa integridade a decisión técnica adoptada polas comisións cualificadoras pois, se así for, a súa facultade controladora estenderíase tamén ós casos de non provisión”¹⁰. E “a única valoración que sobre os aspectos materiais dos concursos lle compete efectuar á Comisión de Reclamacións é a dirixida a verificalo efectivo respecto polas comisións xulgadoras da igualdade de condicións dos candidatos e a aplicación dos principios de mérito e capacidade deles (artigo 41. 1º LRU) no procedemento de adxudicación das prazas” (f. x. 5º).

Graficamente o TC sinala que “a censura da comisión non se sitúa no propio núcleo material da decisión técnica senón nas súas proximidades, nin a súa resolución responde ó máis puro decisionismo, senón a criterios regulados que garantan que a Comisión Xulgadora do concurso cumpra, efectivamente, as esixencias constitucionais”. A súa revisión está orientada a controlar “que as propostas dos órganos técnicos cualificadores non quebrantaron, polo seu apartamento dos principios de mérito e capacidade, a igualdade de tratamento á que teñen dereito os concursantes” e para efectos de autorizarla comprobación mencionada permíteselle-lo exame dos aspectos materiais do concurso.

Segundo a interpretación do Alto Tribunal correspóndelles pois ás comisións xulgadoras efectuar a valoración técnica inicial, a emisión do xuízo científico –son elas os órganos concibidos na lei para esta función–, pois son os que contan con coñecementos técnicos especializados para desempeñala e correspóndelle á Comisión de Reclamacións o control sobre os aspectos formais e procedementais en toda a súa extensión, pero tamén sobre os aspectos materiais para o efecto de comprobala suxeición da proposta ós criterios de mérito e capacidade e igualdade de condicións de tódolos aspirantes. Esta matización, aínda que se lle quixo dar unha dimensión residual, contén, ó meu parecer, unha gran potencialidade no tocante a clarificar a capacidade revisora desta Comisión de Reclamación¹¹. De feito no caso que resolve esta sentenza o TC admite, aínda que con limitacións, que a comisión realice unha “comprobación dos *curricula* e demais documentación achegada polos concursantes, así como –e isto é significativo– dos criterios de valoración das probas, dos informes emitidos polos membros do órgano cualificador e dos restantes obrantes no expediente administrativo”¹².

¹⁰ A cursiva é miña.

¹¹ Como xa se destacou, non é función das comisións de reclamación entrar na análise da calidade intrínseca dos méritos e das aptitudes dos concursantes nos procesos selectivos, pero si exerce-lo control sobre a recta aplicación dos criterios de mérito e capacidade nas valoracións efectuadas polas comisións xulgadoras, así como sobre o respecto ás condicións de igualdade de tódolos aspirantes, e pódense para este efecto reclamar informes especializados. Así entendido son perfectamente encaixables as funcións de ámbalas dúas clases de comisións e queda perfectamente definido o ámbito de actuación e a marxe de operatividade dunhas e doutras. Esta idea, que parece tan simple, é sen embargo difícil de facer operativa e é a miúdo obxecto de interpretacións defectuosas e inxustas.

¹² Acerca da dobre competencia revisora –formal e material– desta comisión, *vid.* J. J. Díez Sánchez, *La discrecionalidad técnica...*, *op. cit.*, páxs. 512 e 515.

Esta doutrina é plenamente aplicable, de entrada, ó caso concreto da Comisión de Revisión contemplada na normativa da Universidade de Santiago de Compostela, relativa á selección de persoal docente interino e contratado, para a cal observamos ademais que non se establece ningún límite respecto da posibilidade de controla-las propostas de non provisión das comisións xulgadoras, o que, segundo a hermenéutica constitucional debe levar á lóxica conclusión de que o control que estas exercen é un control tamén da decisión técnica da Comisión Xulgadora, á cal debe poder substituír na súa integridade¹³. O propio TC sinalou que a limitación de controlar propostas de provisión, pero non as de non provisión das prazas “resulta moi significativa para delimitar conceptualmente a tarefa que lle foi asignada a este órgano” (a Comisión de Reclamación da LRU).

c) *O defectuoso entendemento por parte do TSX de Galicia.*

A STC 215/1991 que acaba de mencionarse ten as virtudes do equilibrio e da moderación. Sen embargo a lectura que a miúdo se fixo dela esaxerou o aspecto limitador do control levado a cabo polas comisións de reclamación¹⁴.

O TSX de Galicia na Sentencia 199/1998 non soubo extraer-las ensinanzas da xurisprudencia constitucional no tocante a ponderar adecuadamente as funcións das comisións xulgadoras e da de revisión e, recorrendo a unha interpretación ben simple e defectuosa, limítase a extrapola-la doutrina sinalada respecto das comisións de reclamación e aínda esta no seu alcance máis limitado, o que a leva a sinalar que “a Comisión de Revisión exerce exclusivamente un control negativo da actuación da Comisión Xulgadora, é dicir, pode ratificar ou anula-la proposta desta pero en ningún caso supli-la súa vontade ou obxectivo alterando o nome do candidato proposto” (f. x. 3º).

Xa se puxo de manifesto cómo unha correcta aplicación ó caso da doutrina xurisprudencial conduciría o tribunal a outro resultado, pero aínda sen recorrer a esta doutrina, o TSX de Galicia podería (e aínda debería) examinar con máis detemento a normativa aplicable para obter un resultado sen dúbida máis axustado a dereito.

En efecto, no caso da Comisión de Revisión do Vicerrectorado de Profesores da Universidade de Santiago de Compostela hai unha precisión legal que reforza aínda máis a atribución de capacidade de revisión que cabe inferir *a contrario sensu* da doutrina que o Tribunal Constitucional estableceu a propósito das

¹³ En pura lóxica se, segundo a argumentación do TC, a tarefa das comisións de reclamación “non pode ser, certamente, a de substituír na súa integridade a decisión técnica adoptada polas comisións cualificadoras, pois, se así for, a súa capacidade controladora estenderíase tamén ós casos de non provisión” (STC 215/1991, do 14 de novembro, f. x. 5º), cando a dita capacidade controladora alcanza a non provisión hai que concluír que o dito control inclúe a posibilidade de substituír-la decisión técnica da primeira comisión actuante.

¹⁴ *Vid.*, por exemplo, M. Beltrán de Felipe, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995, páxs. 145 e 146 (nota ó texto n.º 130).

comisións de reclamación: trátase do feito de que a dita comisión pode reclama-los asesoramentos que estime oportunos (artigo 30 da normativa aplicable).

¿Cal sería a virtualidade dos asesoramentos técnicos reclamados se o control non puidese afectar á decisión técnica? En primeiro lugar, non se di que o dito asesoramento deba limitarse ós aspectos formais ou procedementais do asunto e en segundo lugar, é de imaxinar que para efectuar un control unicamente formal a comisión non precisa de asesoramento técnico ningún, sempre que o dito auxilio o solicite para poder entrar na "valoración da valoración", isto é, no exame da base fáctica sobre a que a Comisión Xulgadora operou a avaliación. Ben é certo que este exame debe ir circunscrito, segundo creo, á aplicación dos criterios xa mencionados de mérito, capacidade e igualdade de condicións no acceso, pois outra cousa significaría establecer de modo automático unha "segunda instancia" administrativa nos procedementos de selección, o cal non parece desexable, máxime cando, como xa se dixo, o órgano legalmente designado e verdadeiramente especializado no ámbito científico de que se trate é a Comisión Xulgadora. Entendo que só cando esta actúa contravindo os principios constitucionais tantas veces repetidos lle corresponde á Comisión de Revisión efectuar o seu control, pero o dito control é pleno ou de substitución e non simplemente anulatorio. Noutras palabras, o que a Comisión de Revisión non pode facer é substituí-los criterios ou os baremos de selección fixados nas convocatorias, pode substituí-la aplicación que destes criterios ou baremos fixera a Comisión Xulgadora se non os atopa axustados ós mencionados principios constitucionais.

Un último argumento vén dado pola dimensión semántica dos dous termos, "reclamación" e "revisión". Segundo o *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* ámbolos dous termos non son nin moito menos sinónimos senón que a reclamación é a acción e o efecto de reclamar, oposición ou contradicción que se fai a unha cousa como inxusta ou amosando non consentila; en tanto que o significado da revisión é máis amplo, como acción e efecto de revisar, someter unha cousa a novo exame para corrixila, emendala ou reparala.

Creo que un recto entendemento da función deste órgano, avalada pola doutrina constitucional, pasa por considerar que entra dentro das súas atribucións corrixir, a prol dos principios de mérito e capacidade, as valoracións iniciais por seren estas defectuosas, por non axustarse ás bases da convocatoria, porque non se lles aplicou idéntico baremo a tódolos aspirantes, por inco-

rrer en erros manifestos ou en defectos de cálculo, porque se chegou a un resultado manifestamente arbitrario, etc. Nada impide que, efectuada a dita corrección técnica, para o cal como é o caso, se puideron solicitar asesoramentos especializados, a resultante sexa unha nova xerarquización dos aspirantes.

Como sinalou T.R. Fernández, cando na resolución impugnada e de se-lo caso anulada exista priorización expresa dos candidatos, a anulación (ou control negativo) pode equivaler á substitución (ou control positivo) pois bastará con facer corrala quenda¹⁵. Se iso o permite o órgano xurisdiccional, con maior razón o permitirá o órgano administrativo que desempeña legalmente a competencia para efectuar esa concreta fiscalización.

2. A cuestionable autorrestricción que se imponen os tribunais

a) Consideracións xerais.

Se ben é verdade que, como intentei demostrar, a postura que sostén o TSX de Galicia se fundamenta nunha errónea caracterización da natureza e funcións das comisións de revisión, a dita postura non é, en canto ó fondo, illada na xurisprudencia.

Non é dende logo este o lugar para entrar na vella polémica doutrinal acerca do alcance e da extensión do control xudicial da actividade administrativa, polémica que afunde as súas vellas raíces nas teorías da separación de poderes establecida de modo radical no momento mesmo da formación do dereito administrativo, ó día seguinte da Revolución Francesa¹⁶. Tampouco é momento de aborda-lo estudio en profundidade dos conceptos de discrecionalidade, discrecionalidade técnica e conceptos xurídicos indeterminados e as relacións entre eles, labor que excede con moito as pretensións deste traballo¹⁷. Baste dicir aquí que a noción de discrecionalidade técnica naceu en Italia¹⁸ como instrumento para a resolución dos problemas que formulaban os conceptos xurídicos indeterminados, e o certo é que non estamos perante unha noción unívoca e de perfís definidos senón pola contra perante unha categoría que designou historicamente realidades diferentes¹⁹, de maneira que non resulta doado saber en cada caso se nos encontramos perante unha potestade realmente discrecional da Administración e como tal non fiscalizable polos tribunais, ou perante unha potestade que non ten nada de discrecional pois a indeterminación legal pode ser integrada pola Administración mediante o recurso a normas ou cri-

¹⁵ Vid., T.R. Fernández Rodríguez, *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, 1994, páx. 172.

¹⁶ Refírome, como é obvio, á previsión da famosa Lei da Asemblea Constituínte do 16-24 de agosto de 1790 que decidiu que "les fonctions judiciaires sont et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions".

¹⁷ Na doutrina pódense atopar achegas valiosísimas no tocante á delimitación dos referidos conceptos. Como exemplo: E. García de Enterría, *La lucha contra las inmundades del poder (poderes discrecionales, poderes de gobierno y poderes normativos)*, Madrid, 1983; F. Sáinz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976; M. Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994; T.R. Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, 1991; Mozo Seoane, *La discrecionalidad en la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Madrid, 1985.

¹⁸ Os primeiros teorizadores do concepto foron F. Cammeo e E. Presutti na segunda década deste século.

¹⁹ Pódese encontrar unha interesante sistematización das distintas acepcións que se deron da noción de "discrecionalidade técnica" en E. Desdentado Daroca, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Madrid, 1997.

terios técnicos²⁰, no caso do cal a actividade administrativa resultante sería perfectamente fiscalizable.

En termos xerais pódese dicir que existen tres tipos de actividade administrativa nas que os criterios técnicos teñen relevancia²¹: a) os supostos de "discrecionalidade técnico-administrativa" nos que a norma lle atribúe á Administración a potestade de elixi-lo modo de actuar, de maneira que esta, como acode a criterios técnicos, se encontra con varias opcións que son igualmente eficaces para a consecución do fin público en cuestión; b) os supostos nos que as eleccións da Administración se levan a cabo sobre a base de hipóteses científicas que non foron obxecto de corroboración, ben por estar a ciencia nun estadio pouco avanzado, ben por tratarse de actividades de prognose, en tal caso a decisión terá que facerse tamén conforme ó que a Administración considere máis conveniente para o interese público; c) os supostos de aplicación de conceptos xurídicos para a integración dos cales a Administración ha de acudir a coñecementos técnicos, de maneira que cando a operación se presenta difícil agroma unha certa discrecionalidade, denominada "discrecionalidade instrumental xurídico-técnica".

Mentres que nos dous primeiros supostos o control xudicial non pode ser senón negativo, posto que a Administración actúa segundo o que considere máis conveniente para o interese público, no terceiro suposto a decisión final correspóndelles ós tribunais, que poden anular e substituí-la integración do concepto levada a cabo pola Administración porque neste caso non lle corresponde a ela elixi-lo máis conveniente ó interese público: este foi xa apreciado e establecido pola norma e consiste en que se produza a consecuencia xurídica prevista cando concorra o suposto legalmente establecido. Non hai por iso ningún motivo para a valoración de cál sexa o modo en que se servirá mellor o interese público.

Esta discrecionalidade instrumental é plenamente controlable e substituíble polos tribunais porque as normas ofrecen os parámetros adecuados para proceder á integración da marxe de indeterminación que estas incorporan. Así o entenderon os tribunais con carácter xeral en tódalas actividades administrativas que se caracterizan por este tipo de discrecionalidade, excepto nunha: precisamente a actividade de resolución de oposicións e concursos, cualificación de exames académicos e probas de idoneidade.

²⁰ Entre ámbalas dúas posturas, certamente extremas, existe unha ampla variedade de posturas matizadas nun ou noutro sentido, pero sen que se chegara nunca a un acordo acerca da auténtica natureza destas potestades e sen que a noción de discrecionalidade técnica tivera verdadeira operatividade científica.

²¹ Sigo neste punto a E. Desdentado Daroca, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Pamplona, 1998, páxs. 227 e segs.

b) *Os argumentos da doutrina xurisprudencial para a autolimitación no control da discrecionalidade instrumental xurídico-técnica en materia de oposicións, concursos, exames e xuízos de idoneidade.*

Non se pode falar dunha tendencia xeral autolimitadora do control da actividade técnica da Administración, senón que, como imos ver, se poden identificar diversas liñas xurisprudenciais, que van dende un control mínimo ata o pleno control, en función do tipo de actividade administrativa de que se trate.

En materia de oposicións, concursos, exames e xuízos de idoneidade, a tendencia, tanto do TS como dos tribunais superiores de Xustiza, veu sendo a de deixar fóra do control xudicial os aspectos materiais ou de fondo das resolucións administrativas. É esta unha doutrina tradicional que se mantivo dende principios de século²² e que encontra o seu último apoio no dogma elevado á categoría de mito do carácter revisor da xurisdicción contencioso-administrativa²³.

En termos xerais enténdese que o control dos tribunais non pode traspasa-lo nivel formal da decisión e que a súa fiscalización é unicamente negativa, nunca positiva ou substitutiva²⁴. Os argumentos que se dan para iso son de diversos tipos: así, en ocasións alúdese ó carácter soberano dos órganos cualificados deducido da especialización dos seus coñecementos técnicos²⁵,

²² Vid. A. Sánchez Blanco, "La discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 30, 1981, páxs. 563 a 576.

²³ Vid. as apreciacións do profesor García de Enterría respecto de cómo a forza deste mito se impuxo tanto á Lei xurisdiccional de 1956 como á propia Constitución de 1978, no prólogo ó libro de J. R. Fernández Torres, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid, 1998.

²⁴ Adóitase citar como exemplo desta postura a STS do 17 de decembro de 1986 (Arzdi. 7471) que resolveu de modo contundente a polémica suscitada por mor dunha serie de sentencias de signo contrario da (entón) Audiencia Territorial de Valencia. Veu dicir aquí o TS: "... a competencia exclusiva para cualifica-las probas en razón dos coñecementos, aptitudes e historial dos concursantes atribúeselle plenamente á Comisión Cualificadora; a revisión desta actuación, tanto na vía administrativa como na xurisdiccional refírese á conformidade coas normas que regulan a súa actuación, non á decisión que por razón dos coñecementos científicos, artísticos ou técnicos do concursante sexa a procedente" (f. x. 3º). E en concreto respecto da posibilidade de substituí-la decisión administrativa sinalou: "... non cabe neste caso admiti-la declaración da situación xurídica individualizada pretendida no recurso, tanto administrativo como xurisdiccional, de que se nomee a recorrente para a categoría de profesor titular cando claramente carecen de competencia para tal decisión; e esta doutrina da sentenza apelada é daniña en sumo grao, ó alterar todo o sistema establecido para a cualificación de aptitude". (A cursiva é miña).

²⁵ Este argumento non se acolleu xurisprudencialmente a *contrario sensu*, pois aínda naqueles supostos en que estes coñecementos especializados deban presumirse no órgano xurisdiccional, este non queda habilitado para proceder á revisión do órgano cualificador, salvo, como acontece con carácter xeral, cando

sexa evidente o erro padecido por este ó proceder á cualificación. Vid., por todas, as relativamente recentes SSTS do 28 de maio de 1996 (Arzdi. 4654) ou a do 19 de xullo de 1996 (Arzdi. 5734).

da imparcialidade que se lles presume ós membros e do feito de que interveñen directamente nas probas que se realizan²⁶; noutros casos o argumento esgrimido é a suposta existencia dunha habilitación que a lei operaría en exclusiva a favor destes órganos para a valoración da capacidade e mérito dos candidatos²⁷ sen que as súas resolucións poidan ser substituídas polas doutro órgano, nin administrativo nin xudicial²⁸; recórrase ás veces, en fin, ó carácter técnico dos coñecementos necesarios para axuiza-lo acto para sustenta-la imposibilidade do control, ben porque os órganos xudiciais carecen dos ditos coñecementos, ben porque recurrir a criterios técnicos entraña a verificación dun control que non é de estricte legalidade, que se considera o único que os tribunais poden efectuar²⁹. Este obstáculo non se pode salvar recorrendo á proba pericial porque isto significaría, sempre segundo esta liña xurisprudencial, a substitución do criterio do tribunal cualificador polo dos peritos que asesorasen³⁰.

Esta postura tradicional respecto do alcance deste control non é exclusiva do Tribunal Supremo senón que a comparten os tribunais superiores de xustiza³¹ e referéndaa o propio Tribunal Constitucional³², dito sexa sen prexuízo das liñas evolutivas que se albiscan xa.

c) A diferente solución á que se chega con carácter xeral noutros ámbitos da actuación administrativa distintos das oposicións, concursos, exames e probas de idoneidade.

No deixa de sorprender o feito de que os órganos xudiciais, que tan cautos se amosan á hora de controla-las decisións administrativas en materia de concursos, oposicións, etc., non teñan reparos en fiscalizar outro tipo de resolucións adoptadas con igual dose desa discrecionalidade que chamou "instrumental" cando do que se trata é da determinación dun prezo xusto expropiatorio³³, en tal caso non se alude nin ó carácter soberano dos xurados de expropiación, nin á dificultade técnica da valoración, nin se formulan problemas á práctica da proba pericial. Ben ó contrario, esta considérase o medio normal de salvar a complexidade das valoracións para efectuar, e a inevitable marxe de subxectividade que todo xuízo valorativo incorpora non se considera un obstáculo para o pleno control da resolución administrativa, pois o relevante é a base fáctica da decisión, os criterios valorativos que se utilicen conforme ás regras da súa crítica e a congruencia das apreciacións e ponderacións realizadas.

Acontece o mesmo noutras materias coma o outorgamento e a denegación de licencias urbanísticas³⁴, a valoración do carácter

²⁶ *Vid.*, exemplos disto nas SSTs do 13 de marzo de 1991 (Arzdi. 2279), 15 de maio de 1991 (Arzdi. 4232), 20 de outubro de 1992 (Arzdi. 8485), 11 de novembro de 1992 (Arzdi. 9118).

²⁷ É o caso das SSTs do 25 de febreiro de 1994 (Arzdi. 1301), 19 de setembro de 1994 (Arzdi. 7276) ou do 5 de xuño de 1995 (Arzdi. 4870).

²⁸ Caso da STS do 18 de abril de 1995 (Arzdi. 3176).

²⁹ *Vid.*, as SSTs do 2 de novembro de 1990 (Arzdi. 8680).

³⁰ Neste sentido, a STS do 11 de abril de 1994 (Arzdi. 2861).

³¹ A modo de exemplo poden verse as sentencias do TSX de Castela-A Mancha, do 4 de abril de 1994 ou a do 30 de setembro do mesmo ano.

³² Son claros expoñentes desta doutrina as SSTC 39/1983, 97/1993 ou 353/1993.

³³ *Vid.*, a STS do 9 de xullo de 1994 (Arzdi. 5907), 2 de febreiro de 1995 (Arzdi. 1088), 24 de febreiro de 1997 (Arzdi. 1200), 21 de marzo (Arzdi. 1932) ou do 14 de xuño do mesmo ano (Arzdi. 6270).

³⁴ *Vid.*, o detallado estudio desta cuestión, e en xeral do control da discrecionalidade no planeamento urbanístico, en E. Desdentado Daroca, *Discrecionalidade administrativa...*, op. cit.

nutricio dun produto³⁵, a estimación da inhabilitación para o traballo por causa dunha doenza³⁶, a utilidade dun novo modelo industrial³⁷, a similitude entre dúas marcas³⁸ ou a apreciación do estado ruinoso dun edificio³⁹.

É curioso que nestes ámbitos o TS teña por norma aseverar que non pode outorgárselles preferencia, por principio, ós informes dos técnicos respecto dos dictames dos peritos que auxilian os tribunais e que, o outorgamento de tal preferencia viría deixar sen sentido a proba no proceso contencioso-administrativo, a cal é completamente procedente no sistema resultante da vixente lei da xurisdicción⁴⁰. En concreto en materia urbanística foi callando, ben é verdade que non facilmente, unha liña xurisprudencial que intenta un control máximo da discrecionalidade recorrendo tanto ó uso de certos principios xerais do dereito (igualdade, proporcionalidade ou interdicción da arbitrariedade), como ó control sobre as apreciacións dos feitos determinantes⁴¹. Neste sentido son moi significativos os termos da STS do 4 de abril de 1990 (Arzdi. 3587) cando sinala que:

"Nada ten que estrañar que, ante toda ausencia de proba en contra que practicara a Administración, o Tribunal de Instancia fixera seu, valorándoo con arranxo ás regras da sa crítica, segundo o artigo 632 da Lei de axuízamento civil, o dictame pericial, certamente detallado e explicativo, incluso cunha completa secuencia fotográfica. Xa non é polo tanto, tan só unha opinión persoal do perito, senón unha constatación xudicial de que a planificación urbanística no ámbito obxecto deste proceso foi errónea e carente de racionalidade (...)"

En materia de oposicións e concursos é practicamente imposible encontrar declaracións da mesma solidez, ponderación e motivación. O por qué iso é así conduce inevitablemente a consideracións que pouco teñen que ver con criterios xurídicos e que no mellor dos casos se dirixen cara ó terreo das dificultades prácticas.

d) ¿Ten xustificación esta autolimitación xudicial?

A ausencia de unanimidade na doutrina científica nesta materia é absoluta. Mentres para algúns autores a posibilidade de que os órganos xudiciais revisen as resolucións dos órganos cualificadores en materias como as oposicións e concursos é unha "barbaridad que ningún principio de Derecho puede justificar"⁴², para outros o que resulta inxustificable é a propia exención que consideran insostible constitucionalmente por ser contraria ó artigo 24 CE⁴³.

Os argumentos do primeiro grupo de autores van dende a imposibilidade práctica do control⁴⁴ ata a consideración de que a

³⁵ SSTS do 17 de decembro de 1993 (Arzdi. 6531) ou do 13 de xuño de 1997 (Arzdi. 5194).

³⁶ STS de 24 de xaneiro de 1997 (Arzdi. 441).

³⁷ SSTS do 23 de decembro de 1993 (Arzdi. 9738), do 10 de marzo de 1997 (Arzdi. 2233) ou do 24 de setembro de 1997 (Arzdi. 6768). Nestes dous casos o TS confirma a valoración feita pola Administración, pero despois de contrastala cos informes periciais e tras unha exposición motivada, incluso en canto ós detalles técnicos.

³⁸ STS do 15 de outubro de 1981 (Arzdi. 3760).

³⁹ SSTS do 17 de xaneiro de 1997 (Arzdi. 173) ou do 28 de xaneiro do mesmo ano (Arzdi. 301).

⁴⁰ Así, STS do 26 de xuño de 1995 (Arzdi. 5034).

⁴¹ Vid., J. Ponce Solé, *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Madrid, 1996, páxs. 152 a 225.

⁴² E. García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989, páx. 63. Considera que se trata dunha aplicación excesiva da teoría dos conceptos xurídicos indeterminados.

⁴³ E. Coca Vita, "También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los tribunales", *Revista de Administración Pública*, n.º 108, 1985, páxs. 205 a 214. Tamén do mesmo autor aínda que cun alcance máis xeral pode consultarse, "Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica", *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102; páxs. 1039 a 1081.

⁴⁴ S. Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, 1989; páx. 111.

capacitación conta cunha habilitación especialísima e rigorosamente persoal, por canto a norma se remite á valoración que a Administración efectúe⁴⁵, pasando por outras consideracións como a irreducibilidade da técnica ó control xudicial⁴⁶ ou as características peculiares do proceso contencioso-administrativo⁴⁷.

En fronte sitúanse aqueles autores que se amosan críticos coa autolimitación que se impoñen os tribunais cando se encontran con valoracións técnicas das instancias administrativas. O denominador común destas posturas é a consideración de que o dito control pleno non significa de ningún modo a substitución da discrecionalidade do órgano administrativo pola discrecionalidade do órgano xudicial, porque a referida discrecionalidade non é tal⁴⁸ senón –e aquí é onde as respostas adquiren matices diversos– un suposto de remisión normativa a criterios técnicos⁴⁹, ou un suposto de determinación dun concepto in-

⁴⁵ É a postura, certamente radical e orixinal, como tamén preconstitucional, de A. Nieto García, "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", *Revista de Administración Pública*, n.º 44, 1964, páxs. 147 a 162, "Los Tribunales --obligados por definición a examinar el caso concreto aplicando estrictamente la norma-- no pueden a veces conseguir una perspectiva amplia que les permita contemplar todas las conexiones del caso examinado, que es precisamente lo que acontece en el actuar administrativo. Dicho con otras palabras: en ocasiones sucede que un funcionario se encuentra en una situación que bordea de modo permanente la ilegalidad o que, incluso, es francamente ilegal --apreciada en conciencia--, pero lo bastante hábil para escapar a la constatación suficiente de tal ilegalidad". O subliñado é meu. Estas observacións, realizadas ó fin das cuestións disciplinarias, referidas á apreciación en conciencia da ilegalidade das situacións, han de ser obxecto de revisión no marco do actual sistema constitucional.

⁴⁶ M. Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit.; páxs. 153 a 162. Observo unha certa contradicción na formulación deste autor por canto sinala que o ámbito de decisión que a lei lle deixa á Administración está guiada por conceptos xurídicos indeterminados -en esencia determinables- (páx. 129), pero limita o control da decisión ós aspectos organizativos e procedementais (páx. 130). É máis, fundamenta esta postura no respecto ó propio artigo 24 CE por canto, segundo di, "una decisión judicial que no se funde en razonamientos jurídicos constituye, (...), una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva de la parte lesionada por dicha decisión" (páx. 160).

⁴⁷ M. Sánchez Morón, *Discrecionalidad administrativa...*, op. cit., páxs. 120. Entende que, en tanto que o xuíz civil ou penal valoran libremente as probas en uso da súa "discrecionalidad judicial", a función do xuíz administrativo é distinta, "no es totalmente autónoma de la decisión administrativa que debe enjuiciar".

⁴⁸ Así, J. A. Tardío Pato, referíndose ás comisións avaliadoras dos exames universitarios dixo que "estamos ante actos que ejercitan una potestad reglada que incluye conceptos jurídicos indeterminados, no ante un acto discrecional", en "La función calificadora de los alumnos universitarios y su control jurisdiccional", *Revista de Administración Pública*, n.º 139, 1996, páxs. 373 a 417. Do mesmo autor, e con referencia concreta ó tema que nos ocupa, *El control jurisdiccional de los concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Madrid, 1986.

⁴⁹ M. Martín González, "El grado de determinación de los conceptos jurídicos", *Revista de Administración Pública*, n.º 54, 1967, páxs. 197 e segs.

determinado pero determinable, e determinable non de calquera modo senón conforme ás indicacións normativamente predeterminadas⁵⁰.

Respecto do pretendido carácter soberano dos órganos cualificadores, respondeuse que aceptar este axioma sería tanto como afirma-la imposibilidade de acreditar *a priori* o erro ou desatino do xuízo técnico da Administración, o que se traduce nunha vulneración do dereito de defensa dos administrados⁵¹. Tamén se sinalou que nada, senón un vello prexuízo⁵², pode xustificar que os xuízos técnicos sexan irrevisables en materia de oposicións e concursos, en tanto que noutras materias esta revisabilidade, e incluso a substitución da decisión administrativa pola xudicial, non formula dúbida ningunha⁵³.

A falta de xustificación consistente, este rexeitamento dos xuíces en entrar a coñece-lo fondo destes asuntos tildouse de autorrestricción puramente xurisprudencial, sen que caiba falar en absoluto de restricción legal ningunha neste sentido⁵⁴.

Entendo que, máis alá do discutible que poida ser a determinación de se falamos de potestades verdadeiramente discrecionais ou non, o que non se pode perder de vista son as previsións constitucionais que con carácter xeral sinalan que os tribunais han de controla-la legalidade da actuación administrativa, así como o sometemento desta ós fins que a xustifican (artigo 106.1 CE) e, en particular polo que se refire ó ámbito de oposicións e concursos, as esixencias de obxectividade, imparcialidade e eficacia do actuar administrativo que o artigo 103.3 impón, representan un límite infranqueable para a actividade discrecional da Administración.

O poder discrecional non existe para lexitimar *calquera* decisión que se adopte dentro das que a norma admite como posibles, senón que entraña o *deber de examinar* coidadosamente as peculiaridades de cada caso para alcanza-la mellor solución entre as posibles⁵⁵. A discrecionalidade pódese entender non como liberdade de apreciación e de decisión da Administración entre varias solucións posibles e en atención a razóns extraxurídicas, senón como deber de apreciar e valorar ante cada situación concreta a solución máis adecuada e conforme ó interese público e, consecuentemente, ó ordenamento xurídico⁵⁶.

Do mesmo xeito, a selección dun aspirante ou doutro non é un indiferente xurídico, a Administración non goza de liberdade para elixir entre opcións igualmente válidas senón que, valorando correctamente méritos e capacidades, está constitucionalmente obrigada a selecciona-lo mellor segundo os baremos preestablecidos normativamente, sen que esa determinación

⁵⁰ A. Gallego Anabitarte, no liñar ó libro de A. Mozo Seoane, *La discrecionalidad en la Administración...*, *op. cit.*; sinala que non existe o máis mínimo reducto de libre apreciación por parte da Administración que puidera quedar baixo a cobertura da discrecionalidade técnica ou de calquera outra "insignificancia semejante", páx. 28.

⁵¹ E. Coca Vita, *Legalidad constitucional...* *op. cit.*, páxs. 1076 e segs.

⁵² Sobre a pervivencia deste estado de cousas e a súa caracterización de "reminiscencia histórica", contradictoria na actualidade coa propia Lei da xurisdicción e coa Constitución, *vid. G. García Álvarez, "La discrecionalidad técnica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿los hechos como ámbito exento del control judicial?", Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 8, 1996; páxs. 433 a 467.

⁵³ T. R. Fernández Rodríguez, *Arbitrariedad...*, *op. cit.*, páxs. 37 a 91. Do mesmo autor, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Madrid, 1994.

⁵⁴ *Vid.*, J. L. Piñar Mañas, "El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones", *Documentación Administrativa*, n.º 220, 1989; páxs. 135 a 178.

⁵⁵ F. Sáinz Moreno, recensión ó libro de P. Pavlopoulos, "La directive en droit administratif", publicada en *Revista de Administración Pública*, n.º 87, 1978, páxs. 647 a 650.

⁵⁶ G. Fernández Farreres, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1983, páxs. 632 e segs.

de quen sexa “o mellor” poida ser unha porta aberta ó subxectivismo nin moito menos á arbitrariedade⁵⁷. Esta selección ha de efectual a Administración seguindo a valoración que a norma lle impón en relación cuns feitos determinados –os méritos alegados polos concursantes–. E non hai razón válida para entender que esta función non a poida realizar tamén o xuíz⁵⁸ porque, dado que o que se controlaba non é un criterio político de decisión senón a conformidade da decisión, da selección, co interese público, o axuizamento da dita decisión non implica o exercicio dun control de oportunidade⁵⁹ que, este si, lle está vedado ó xuíz en aplicación da máis obvia das nocións de separación de poderes.

3. Indicios de evolución na batalla pola redución dos ámbitos de actuación administrativa exentos de fiscalización

No muro estanse abrindo fisgoas. Esta é a constatación á que se chega ó observar toda unha serie de sentencias de distintas instancias xurisdiccionais que dende mediados dos anos 70⁶⁰, e ás veces con argumentacións vacilantes, comezaron a camiñar pola senda da ampliación do control das resolucións administrativas tinxidas de discrecionalidade instrumental xurídico-técnica, ata alcanza-los seus elementos materiais ou de fondo⁶¹. Algunhas

⁵⁷ J.L. Piñar Mañas explicouno claramente cando dixo que “invocar, como es usual, la discrecionalidad técnica de las Comisiones para justificar su exclusión del control jurisdiccional en lo que al contenido de sus decisiones se refiere no es más que una equivocación que no encaja con nuestro sistema constitucional de control judicial pleno de la actividad administrativa”, en *El pleno control jurisdiccional...*, *op. cit.*, páx. 149.

⁵⁸ Cuestión distinta é que o xuíz pode non contar cos mesmos medios de que dispón a Administración para aprecia-los feitos, co que non sempre será posible efectua-lo control último de corrección da decisión; pero desta constatación de dificultade non se pode colixi-la imposibilidade en liña de principio.

⁵⁹ G. Fernández Farreres, *La subvención...*, *op. cit.*, páx. 643.

⁶⁰ Sen prexuízo de que o primeiro pronunciamiento que lle serve de base a este entendemento é o contido na STS do 2 de outubro de 1965 (Arzdi. 4230), na que o tribunal acomete a definición da natureza do concurso como método de selección que obriga a resolver segundo as xustificacións de capacidade alegadas polos interesados. Unha análise deste pronunciamiento e a súa transcendencia pode consultarse en A. Sánchez Blanco, *La discrecionalidad técnica...*, *op. cit.*

⁶¹ Acerca de las líneas maestras de esta evolución jurisprudencial, véase J.M.^a Peñarubia Iza, “La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica”, *Revista de Administración Pública*, n.º 136, 1995, páxs. 327 a 344.

desas sentencias non anularon a solución á que se chegara na instancia administrativa, pero revisaron e iso é o realmente importante; é dicir, examinaron as valoracións técnicas que se efectuaron na dita sede e, tras comprobar que se adecuaban ós requirimentos normativos, confirmáronas.

a) *A doutrina do Tribuna Constitucional.*

A postura contraria ó control xudicial das resolucións administrativas que conteñen decisións técnicas dos órganos especializados que con tanta contundencia inaugurou o Alto Tribunal na Sentencia 39/1983 xa mencionada e que foi seguida doutras de cariz similar, coñeceu matizacións nestes últimos anos, aínda que non se pode dicir que se consolidara unha liña xurisprudencial constante, senón que os vaivéns son constantes⁶².

Esta tendencia matizadora da postura tradicional iniciouse coa STC 110/1991, do 20 de maio, na que o tribunal, aínda para desestimala pretensión do recorrente, entra a examinalas actuacións e as valoracións dos méritos alegados. Desta sentenza pódense extraer catro conclusións de grande importancia, tal como destacou E. Desdentado⁶³: a) a relación de complementariedade existente entre o dereito de acceder en condicións de igualdade á función pública (artigo 23.2 CE) cos principios de mérito e capacidade como principios rectores do dito acceso (artigo 103.3 CE) implica o dereito dos candidatos a unha adecuada valoración de méritos e capacidades; b) a defensa deste dereito debe poder facerse utilizando tódolos medios probatorios que poidan apoiala argumentación; c) ningún obstáculo pode opoñerse a que os tribunais examinen as actuacións administrativas; d) que o dito control non terá que cinxirse ás cuestións legais e/ou procedementais, senón que debe alcanza-la verificación de que os ditos órganos non cualificaran erroneamente méritos e capacidades.

Posteriormente, na STC 97/1993, do 22 de marzo, apostilou que a discrecionalidade técnica non determina que o control xudicial teña que reducirse ós aspectos puramente externos, senón que "é compatible coa esixencia dunha base fáctica, xa que o xuízo técnico sobre a capacidade dun aspirante ha de realizarse sobre uns datos obxectivos que permitan deducirla aptitude ou inaptitude do mesmo" (f.x. 3º). Sen embargo, e polo que se refire á conexión da ausencia de control de fondo co dereito á tutela xudicial, en concreto coa posibilidade de que se xere indefensión, o tribunal estima que non hai contradicción ningunha, porque a "indefensión dos propios méritos" habería de ser alegada como vulneración do dereito do artigo 23.2 en co-

⁶² Un dos últimos está representado pola recente STC 73/1998, do 31 de marzo, na que o tribunal non só renuncia a axuizalo veredicto do órgano cualificador senón que, facendo unha interpretación delirante das esixencias da legalidade dos procedementos selectivos, chega a xustificar e a dar por boas sen entrar en exame as interpretacións, manifestamente incorrectas, que este fai dos requisitos establecidos na convocatoria.

⁶³ E. Desdentado Daroca, *Los problemas del control judicial...*, op. cit., páxs. 91-92.

nexión co 103.3 e non autonomamente a través do 24, que impón efectivamente unha esixencia de control sobre as decisións técnicas da Administración, pero trátase dun control externo ou de legalidade⁶⁴.

Un paso adiante decisivo foi o operado coa STC 353/1993, do 29 de novembro, na que o Alto Tribunal afirmará por primeira vez que non existe exención ningunha de control da discrecionalidade técnica, senón só unha especialidade do dito control. Con iso asestóuselle o golpe definitivo á teoría da soberanía das comisións xulgadoras porque se puxo de manifesto que non gozan de exención ou inmunidade xurisdiccional ningunha, senón que só se benefician dunha aparencia de certeza que vén avalada en boa medida pola dificultade intrínseca de revisa-las súas valoracións, pero iso nada estorba ó carácter fiscalizable destas. Dificultade e imposibilidade non son, e non poden pretender ser, a mesma cousa.

Máis recentemente, e como paso obrigado, a STC 34/1995, do 6 de febreiro, aínda xustificando a "legitimidade do respecto ó que se chamou "discrecionalidade técnica" dos órganos da Administración" e as modulacións que iso introduce na plenitude do coñecemento xurisdiccional, matiza que as ditas modulacións "só se xustifican nunha presunción de certeza ou de razoabilidade da actuación administrativa, apoiada na especialización e na imparcialidade dos órganos establecidos para realiza-la cualificación. Unha presunción *iuris tantum*, por certo, de aí que sempre caiba desvirtuala se se acredita a infracción ou o descoñecemento do proceder razoable que se presume no órgano cualificador..." (f. x. 3º).

Entendo que un pronunciamento deste teor leva en si mesmo, na súa contradición co principio xeral de control limitado, o anuncio dun cambio de orientación cara á extensión do dito control ata a redución á mínima expresión das parcelas de actuación administrativa exentas de fiscalización plena.

b) A doutrina do Tribunal Supremo.

Tal como sinalei máis arriba os pronunciamentos do TS favorables ó control material das decisións dos órganos cualificadores de oposicións, concursos e procesos selectivos análogos, datan dos anos 70. En efecto, a STS do 22 de decembro de 1975 (Arzdi. 4745) constata que:

"o concursante que quedou eliminado presentaba superioridade sobre o gañador do concurso, en tres dos catro apartados (...); sen que poida presentarse como escusa para unha motivación tan sumaria e superficial como a empregada nesta oca-

⁶⁴ Unha análise pormenorizada desta sentenza pode verse en J. M. Peñarubia Iza, "El control de la discrecionalidad administrativa en la función militar (la STC 97/1993, de 22 de marzo)", en *Revista de Administración Pública*, n.º 133, 1994.

sión, o feito do exame conxunto de tódolos factores que se terán en conta, xa que iso non debe interpretarse como a concesión dun poder discrecional (...) por canto pode influír no fin último do acto; porque toda actuación administrativa resulta regrada no seu fin xurídico, e non é certo que no acto discrecional os motivos sexan xuridicamente irrelevantes”.

A sentenza acolle a interpretación que xa mencionei máis arriba segundo a cal a discrecionalidade técnica non é tal discrecionalidade senón dun modo instrumental por canto a decisión final non é un indiferente xurídico que a Administración sexa libre de concretar, senón que a súa decisión non pode ser outra que a de selecciona-lo máis capacitado.

Na STS do 15 de febreiro de 1980 (Arzdi. 545) os termos son aínda máis rotundos, e as implicacións importantes por canto ten en conta tanto o dereito individual a acceder ás funcións públicas de acordo cos principios de mérito e capacidade, como as esixencias de sometemento da actuación administrativa a unha serie de principios que lle dan sentido á súa propia existencia:

“... cando na apreciación dos méritos que aleguen os solicitantes dunha praza non se proceda segundo unha razoable e obxectiva ponderación deses, incorrerase nunha evidente transgresión do ordenamento xurídico, pois no actuar administrativo non se tomaría en conta o interese público ou o ben do servizo, co que incorrería por iso, nunha manifesta desviación de poder, ó faltar ós postulados de ética e moral, ou mesmo á propia razón de ser e actuación das corporacións públicas que non é outra que a recta e debida administración dos intereses da colectividade”.

Outra interesante apreciación é a que efectúa a STS do 2 de abril de 1985 (Arzdi. 2854) que advirte que a autolimitación que os tribunais se impoñen respecto das valoracións dos órganos administrativos vén significa-lo sometemento daqueles a estes, cando en realidade o obxecto da revisión contencioso-administrativa é a fiscalización do acto cualificador, “o que no nivel pragmático implicaría un claro quebrantamento da tutela xudicial efectiva asegurada polo artigo 24.1 da Constitución, ó quedar así de feito inimpugnables as estimacións técnicas do mencionado tribunal cualificador”.

Continuando co acoutamento da discrecionalidade da Administración ós seus reductos máis limitados, a STS do 17 de abril de 1986 (Arzdi. 2795) separa os supostos de valoración dos exercicios de oposicións dos concursos de méritos e establece que:

“aínda que é certo que para cualifica-los exercicios, teóricos ou prácticos, dunha oposición o tribunal goza dunha sobera-

nía e discrecionalidade inevitable, que non consinte obxección, contradicción ou revisión por parte da Administración chamada a aproba-la súa proposta nin por esta xurisdicción contenciosa (...), en cambio, non dispón daquelas –e pode, en consecuencia, ser fiscalizado e revisado o seu proceder en toda a súa extensión– cando se trata da estimación de méritos e de aplicalo baremo correspondente, por ser este un elemento obxectivo e normativo que impón un respecto incluso superior ó que se lles concede ás bases específicas da convocatoria do concurso ou do concurso-oposición, aínda que destas se diga que constitúen a lei da correspondente proba selectiva”.

Máis aínda esta sentenza aclara cál é a natureza do acto de proposta do órgano cualificador: “simple carácter de proposta de selección necesitada para a súa validez da aprobación pola Administración convocante, mediante un acto de efectiva e auténtica comprobación e revisión que, pola súa vez, é comprobable e revisable perante a xurisdicción en que se actúa”.

E é que unha vez máis o propio significado dos termos debería servirmos de guía: ¿por que habería de denominarse “proposta” un acto que vinculara definitivamente non só a Administración que ten a potestade última para seleccionar, senón tamén os tribunais ós cales ha de someterse o conxunto da actividade desta?

Na STS do 28 de xaneiro de 1992 (Arzdi. 110) o tribunal, aínda compartindo e apurando ata as súas últimas consecuencias a doutrina exposta polo TC na súa sentenza 215/1991, ratifica a proposta da Comisión Xulgadora, pero motiva que iso vén dado porque, na revisión efectuada pola de reclamacións, esta non contou cos asesoramentos técnicos de que podía servirse e porque ademais do exame do expediente do reclamante non se deduce que se producira agravio. As consecuencias son obvias: non só a Comisión de Reclamación pode revisalo fondo da proposta da Comisión Xulgadora, senón que a propia resolución da Comisión de Reclamación é fiscalizable pola xurisdicción contenciosa⁶⁵.

Con alcance diverso, este tipo de pronunciamentos comeza a proliferar⁶⁶, de tal xeito que, se ben aínda cunha certa posibilidade de excepcionalidade, o TS foi matizando considerablemente aquela imposibilidade absoluta de fiscalización das decisións técnicas da Administración máis alá do control externo da pura legalidade e/ou do procedemento⁶⁷. É certo que en moitos destes supostos o resultado final é a confirmación da decisión inicial, pero o significativo é que a dita confirmación non se basea xa no carácter non fiscalizable da mesma senón na valoración coincidente que o propio TS verifica.

⁶⁵ No mesmo sentido e con idéntico resultado, a STS do 23 de febreiro de 1993 (Arzdi. 4956).

⁶⁶ Vid., as SSTS do 18 de marzo de 1994 (Arzdi. 2183), 2 de outubro de 1995 (Arzdi. 6992), do 15 de xullo de 1996 (Arzdi. 5704), 19 de xullo de 1996 (Arzdi. 5734), 1 de outubro de 1996 (Arzdi. 7084) ó 24 de abril de 1997 (Arzdi. 3370).

⁶⁷ Así, nalgúns casos o TS matiza que “ese control xudicial, do que non poden exluírse as resolucións administrativas que resolven oposicións ou concursos, ten, pola súa propia natureza, certos límites ou modulacións”. Como exemplo, a STS do 21 de setembro de 1994 (Arzdi. 7100).

c) *A doutrina dalgúns tribunais superiores de Xustiza.*

Algúns tribunais superiores de xustiza amosáronse particularmente activos e comprometidos co desenvolvemento da liña xurisprudencial que veño comentando. Son de destacar, neste sentido, varias sentencias dos TSX de Murcia⁶⁸, de Navarra⁶⁹, Andalucía⁷⁰, Cataluña⁷¹ ou de Castela-A Mancha⁷², así como as sentencias xa comentadas da anterior Audiencia Territorial de Valencia.

Tamén o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia deu mostras deste activismo. Unha das últimas ocasións foi a Sentencia do 22 de outubro de 1997⁷³ na que o tribunal, tras axuizala valoración dos méritos efectuada pola Administración e discrepar desa, estima o recurso, non obstante, en atención a irregularidades procedementais que tamén concorrían no caso. É de sospeitar que o tribunal, pragmaticamente, quixera previr unha casación por parte do TS, como de feito aconteceu en boa parte das sentencias dos TSX antes mencionadas, e fixérao recorrendo formalmente a un motivo de estimación que non é o que en realidade motivara a decisión, á vista dos razoamentos xurídicos que contén a sentenza.

4. Conclusións

O resumo valorativo da sentenza examinada cabe facelo en dúas fronteas: no terreo da cualificación da natureza e funcións da Comisión de Revisión e no da autolimitación operada en razón da suposta discrecionalidade técnica do órgano xulgador e do seu alcance.

a) *Crítica da caracterización que se fai na STSX da Comisión de Revisión.*

A argumentación do TSX a propósito da natureza da Comisión de Revisión prevista, polo que aquí importa, na normativa da Universidade de Santiago de Compostela para a selección do persoal docente contratado e interino, adoece de precipitación e de inconsistencia. O primeiro porque o tribunal non motiva en absoluto o seu razoamento, nin explica cómo chegou á convicción de que a mencionada comisión é un órgano que "exerce exclusivamente un control negativo da actuación da Comisión Xulgadora".

Ningunha dúbida pode caber de que a acertada comprensión da natureza e funcións deste órgano é de transcendental importancia para a resolución do fondo do asunto. Sen embargo o tribunal conténtase cunha definición tópica sen for-

⁶⁸ STSX Murcia, do 20 de xaneiro de 1991.

⁶⁹ A STSX Navarra do 5 de xuño de 1997 (Arzdi. 1184), recolle as apreciacións da STC 353/1993.

⁷⁰ STSX Andalucía/Granada, do 14 de outubro de 1996, n.º 1193/1996 (Arzdi. 1369).

⁷¹ STSX Cataluña, do 6 de maio de 1996, n.º 375/1996 (Arzdi. 796).

⁷² SSTSX Castela-A Mancha, do 28 de maio de 1991.

⁷³ Pode consultarse esta sentenza así como un breve comentario a ela a cargo de L. Míguez Macho, na selección de xurisprudencia da *Revista Xurídica Galega*, n.º 17, 1997, páxs. 262 e segs.

mularse nin a integración analóxica *a contrario*, con base na xurisprudencia constitucional a propósito da Comisión de Reclamación da LRU, nin a integración por vía da eséxese da normativa aplicable. De proceder así chegaría facilmente á conclusión de que, podendo o dito órgano fiscalizar tanto as propostas de provisión como as de non provisión, cabe conferirlle a facultade para revisar, na súa integridade, as resolucións das comisións xulgadoras, sen quedar limitado a un simple control externo. Por outra parte, non debe cinxirse –sempre conforme á normativa aplicable– a propoñe-la ratificación ou a anulación da proposta inicial, e cabe a posibilidade de que substitúa directamente as súas resolucións.

Ámbalas dúas deducións eran, como digo, facilmente realizables por pouco que o tribunal tivera unha mínima vocación fiscalizadora. Polo contrario limitouse a fundamenta-la súa non participación na argumentación, tan débil como socorrida, da suposta discrecionalidade técnica do órgano xulgador.

⁷⁴ Con iso non se quere dicir que os conceptos xurídicos indeterminados sexan en todo caso determinables ata as súas últimas consecuencias. Efectivamente, o “halo do concepto” do que falou F. Sáinz Moreno en *Conceptos jurídicos...*, *op. cit.*, pode constituír, nalgúns casos, un último reducto de apreciación por parte da Administración, pero isto non significa que o resultado final non poida ser fiscalizado con vistas a comproba-la súa adecuación co fin perseguido. Se ese fin puidera lograrse de igual modo recorrendo indistintamente a calquera das opcións en liza, suposto máis ben infrecuente, ningunha obxección podería facérselle á opción dos axentes administrativos. Non recoñecelo así sería admitir simplemente a substitución da discrecionalidade técnica da Administración, pola discrecionalidade técnica dos órganos xudiciais. Pero iso non significa que os tribunais non deban, e menos aínda non poidan, verificar se o concepto foi correctamente integrado. De non ser así, habería que colixir que os tribunais están vinculados polas eleccións administrativas, previamente a toda verificación.

b) *Crítica da postura autorrestrictiva adoptada polo tribunal.*

Xa sinaléi máis arriba cómo as argumentacións a favor da discrecionalidade técnica como “terra de ninguén” dentro do control xudicial da actividade administrativa non me parecen convincentes.

Sexa porque en moitos supostos a discrecionalidade técnica non é verdadeira discrecionalidade senón potestade regulada conforme a criterios técnicos que a Administración debe integrar, sexa porque noutros casos, a chamada discrecionalidade técnica se aproxima, ata confundirse con eles, ós conceptos xurídicos indeterminados; non creo que poida quedar esta parcela da actividade administrativa fóra do control último dos órganos xurisdiccionais, polo menos no que se refire ós elementos fácticos comprobables cun simple recurso a elementos probatorios de que os xuíces poden dispoñer sen problema ningún⁷⁴.

É de lamentar que o TSX de Galicia non seguira aquí a senda da súa Sentencia do 22 de novembro de 1997, á que xa me referín, e que non chegue nin sequera a formularse a procedencia de entrar no exame da resolución atacada, escudándose nun apriorístico entendemento do carácter xudicialmente inmune da actividade discrecional técnica.

Neste caso, ademais, era particularmente sinxelo para o tribunal acolle-la pretensión de exame, por canto se lle ofrecen xa, en autos, dúas valoracións técnicas: a da Comisión Xulgadora e a da Comisión de Revisión. Bastaríalle con ponderar, co


auxilio pericial oportuno en sede probatoria, cá l era máis axustada a dereito á vista das bases, verdadeira lei da convocatoria.

Cuestión distinta, aínda que complementaria e de gran transcendencia dende o punto de vista da efectividade da tutela xudicial efectiva que solicita a parte demandante, é a da procedencia ou non de que o tribunal, ó estima-la demanda, efectuase directamente a substitución do candidato adxudicatario da praza, tal como era a pretensión primeira da demandante.

Como razóns de índole procesual que impedirían esta substitución directa mencionáronse⁷⁵, entre outras, o principio de unidade de acto que impediría que se puidesen modificar os criterios de valoración de méritos dun candidato sen proceder ó mesmo tempo, á mesma operación cos demais concorrentes, o que comportaría unha extensión dos efectos dunha sentenza cara a quen non tomou parte no proceso.

Creo, sen embargo que non pode *a priori* descartarse esa posibilidade⁷⁶, por canto o tribunal contaba cunha resolución na que os candidatos estaban xa xerarquizados. O TC ofreceu algún caso no que, tras estimar que houbera vulneración do dereito contido no artigo 23.2 e, en atención ó principio de economía procesual, anula o acto e concede o dereito a ser nomeado para a praza correspondente⁷⁷.

O que en todo caso podería facer era proceder á retroacción das actuacións, como xa ocorrera noutros casos en que os tribunais acolleron pretensións deste tipo. Na miña opinión, o que o tribunal non podía en ningún caso facer era convocar de novo a provisión da praza porque iso si entra dentro das facultades discrecionais dos órganos administrativos en uso da súa potestade de autoorganización.

Non quero concluír sen mencionar unha cuestión ulterior que, pola súa complexidade e implicacións, merece ser obxecto de estudio á parte, pero sen a cal a análise precedente non estaría completa. Refírome ó tema sempre espiñento das implicacións que esta actitude autolimitadora dos órganos xudiciais pode ter dende o punto de vista da eventual vulneración do dereito á tutela xudicial efectiva. O TC sinalou que o que lles garante o artigo 24.1 CE ós litigantes é "a obtención dunha resposta xudicial *motivada e razoable de contido substantivo ou material*"⁷⁸, ás pretensións que se exerceran cumprindo as condicións e os presupostos procesuais que, para tal efecto, establezan as leis⁷⁹. Creo que paga a pena preguntarse acerca da compatibilidade desta elevación a dogma do principio revisor da xurisdicción administrativa coa efectiva tutela xudicial dos dereitos e intereses lexítimos que a Constitución consagra⁸⁰. 

⁷⁵ G. García Álvarez, *La discrecionalidad técnica...*, op. cit., páxs. 441 e 442.

⁷⁶ Na nosa doutrina amosouse decididamente a favor desta posibilidade T. R. Fernández, "Discrecionalidad y jurisdicción revisora", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 2, 1974, páxs. 285 a 289. Tamén en *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, 1991, páxs. 120 a 125.

⁷⁷ STC 193/1987, do 9 de decembro.

⁷⁸ A cursiva é miña.

⁷⁹ STC 98/1992, do 22 de xuño.

⁸⁰ Neste sentido é de grande interese a obra de J. R. Fernández Torres, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid, 1998.



A Xunta ante o Parlamento: as comparecencias e o control da lexislación delegada

Letrado do Parlamento
de Galicia.
Profesor de dereito
constitucional da
Universidade de Vigo

Xosé Antón Sarmiento Méndez

É tradicional no dereito constitucional anglosaxón utilizar a expresión "Goberno ante o Parlamento" para designar dun xeito hiperbólico a dependencia do Executivo fronte ás cámaras. Utilizo aquí a locución citada para poñer de manifesto as coincidencias de dúas situacións heteroxéneas nas que a Xunta rende contas ante o Parlamento: as comparecencias persoais de membros do Goberno e o control parlamentario das potestades lexislativas delegadas pola Cámara.

A primeira das manifestacións adoita dúas modalidades fundamentais segundo a orixe da solicitude. En efecto, a significación política da comparecencia do Executivo ante o Parlamento é moi diferente se se debe á petición do Goberno ou á solicitude da oposición parlamentaria. Estas variantes instrumentanse por distintas canles procedementais contempladas no título VIII do Regulamento do Parlamento de Galicia. En todo caso atopá-

¹ Terminoloxía que tomo de Cavero Lataillade, e que ilustra

monos no ámbito do control moderado¹ ou ordinario que existe dun xeito explícito nalgúns regulamentos parlamentarios ou tamén, noutros casos, se incorporou por vía das prácticas ou dos costumes.

1. As comunicacións da Xunta de Galicia

Este é un medio de grande relevancia política, baste sinalala transcendencia dos coñecidos como "debates sobre o Estado da Autonomía" contemplados no noso dereito no artigo 48 da Lei reguladora da Xunta e do seu Presidente, no que se prevé que o Goberno solicite anualmente do Parlamento, ó comezo dun dos períodos ordinarios de sesións, a celebración dun debate de política xeral². Esta previsión legal sofre a importante matización práctica de non celebrarse nos anos electorais, o que ten a xustificación obvia de verse substituído polo debate de investidura que dá lugar á creación dun novo Goberno. Sen dúbida a causa última da transcendencia política destes debates é a súa retransmisión a través dos medios de comunicación públicos da Comunidade Autónoma, aspecto este que polo demais non resulta insólito no parlamentarismo comparado, no que se puxo de manifesto o importante apoio popular ós debates televisados³.

Distinta transcendencia práctica acadan as comunicacións remitidas polo Goberno autonómico para a súa celebración ante as comisións parlamentarias. Trátase de documentos, de contido habitualmente sectorial, nos que o conselleiro competente expón determinadas liñas de actuación para que a Cámara as coñeza. En ocasións resulta difícil distinguir estas comunicacións dos plans e programas que contempla o artigo 142 do Regulamento do Parlamento de Galicia polo que se fai necesaria unha correcta actuación cualificadora por parte da Mesa do Parlamento⁴.

Unha observación detida da experiencia parlamentaria autonómica nesta materia conclúe nidiamente na finalidade "laudatoria"⁵ da política do Executivo e nas escasas posibilidades de control que por parte da oposición presentan estes instrumentos regulamentarios. De feito a titularidade da iniciativa (exclusivamente governamental) condiciona totalmente o contido da sesión e a súa dimensión política.

O desenvolvemento do debate da comunicación consta dunhas fases claramente diferenciadas.

perfectamente a ausencia de consecuencias traumáticas da substanciación destes instrumentos parlamentarios. Así, no seu manual, *Introducción ó Dereito Constitucional*, Editorial Universitas, S.A, Madrid, 1996, páx. 372.

² Trátase dun engadido feito pola Lei 11/1988 de modificación da Lei reguladora da Xunta e do seu Presidente, do 22 de febreiro de 1983.

³ Recentemente Stephen Coleman sinalaba que o 83% dos votantes británicos mostraba o seu desexo de que os debates parlamentarios fosen televisados. Así "The televised leaders' debate in Britain", *Parliamentary Affairs*, vol. 51, n.º 2., abril, 1998, páxina 194.

⁴ Así ocorreu, por exemplo, coa comunicación, substanciada en xuño de 1998, atinente ó plan de emprego da Xunta, que era consecuencia dunhas partidas presupostarias previstas na Lei anual de presupostos para o ano 1998. Este documento foi cualificado como comunicación fronte a criterios dispares que subliñaban a súa natureza de plan, coas distintas consecuencias procedementais que isto supoñía.

⁵ Nun contexto semellante fala a doutrina de mocións de "felicitación" para referirse ós supostos nos que a Cámara exerce un control positivo sobre o Goberno.

O debate:

a) En primeiro lugar dáse a intervención do membro da Xunta por un tempo que non vén limitado regulamentariamente. A redacción do noso Estatuto parlamentario posibilita que aquel que defenda a comunicación poida ser calquera membro do Executivo, e non necesariamente teña que formar parte do Consello da Xunta de Galicia, o que conduce a que habitualmente as presenten os secretarios ou directores xerais dos distintos departamentos autonómicos.

b) Posteriormente intervén por un tempo máximo de 15 minutos, un representante de cada grupo parlamentario, e farao conforme o criterio xeral do dereito parlamentario galego, en orde inversa á súa importancia numérica.

c) A contestación por parte da Xunta poderase producir de xeito conxunto ou illadamente, e incluso agrupando as respostas por razón da materia. De novo non se limita temporalmente a intervención do Goberno, pero entendo que deberá de gardar proporcionalidade cos 15 minutos que cada grupo parlamentario tivo que respectar como límite.

d) Remata o debate coa réplica dos intervinientes por un prazo máximo de 10 minutos cada un, o que crea a dúbida de se esta última queda inclúe a participación do membro do Goberno ou se a expresión "intervenientes" só se refire ós portavoces dos grupos parlamentarios. O costume parlamentario autonómico posibilita o peche do debate por parte do "representante governamental" que interpretará de xeito amplo a expresión regulamentaria.

As resolucións:

Unha vez celebrado o debate sobre a comunicación establécese un prazo de trinta minutos para que os grupos parlamentarios poidan presentar perante a Mesa propostas de resolución. Este prazo valórase como claramente insuficiente, e para compensalo faise preciso que a comunicación que remita o Goberno autonómico sexa o máis detallada posible e así, os grupos parlamentarios leven á sesión parlamentaria as súas propostas xa perfiladas.

Aínda que o Regulamento galego nada prevé respecto da posible formación dunha ponencia para o estudo das propostas presentadas, este mecanismo si se utiliza excepcionalmente no Congreso dos Deputados, o que recibe a opinión favorable de autores como Mollinedo Chocano⁶, e merecería tamén que se condirase nunha eventual reforma do texto galego.

En coherencia cos principios xerais de funcionamento da Cámara as propostas de resolución débese cualificar a Mesa

⁶ Tanxencialmente referido no seu relatorio sobre "As subcomisións no Congreso dos Deputados", incluído no n.º 3 de *Cuadernos de Dereito Público*, páx. 117.

atendendo basicamente ó principio de congruencia, co que se impide polo tanto a inadmisión daquelas cando atenden a criterios políticos.

As propostas cualificadas como admisibles poderán ser defendidas durante un tempo máximo de 10 minutos, ás que seguirán as roldas en contra, polo mesmo tempo, trala defensa de cada unha delas.

O remate da substanciación das propostas ten lugar coa votación, que se celebrará seguindo dous criterios: un cualitativo e outro de carácter temporal. Neste sentido vótanse primeiro aquelas propostas que impliquen o rexeitamento global do contido da comunicación da Xunta e despois as restantes, segundo a súa orde de presentación perante o Rexistro da Cámara.

2. Exame de programas e de plans

a) *Supostos de feito.*

Unha primeira problemática vén xerada porque o suxeito do programa ou plan sexa a "Xunta de Galicia". Esta expresión suscita dúbidas sobre a Administración institucional e a súa posible aptitude para lle remitir programas e plans ó Parlamento. A vía habitual será que a Administración tutelante do organismo que se trate remita o plan ou o programa, aínda que o encargado material da súa execución sexa o ente instrumental citado.

Resulta especialmente críptico o dicir regulamentario que cualifica os plans ou os programas "que requiran o pronunciamento do Parlamento". Atopámonos ante dúas posibilidades, a primeira delas é que o Estatuto de autonomía esixa a presentación desta clase de plans ou programas, como así ocorre no artigo 30.1. Por outra banda a necesidade de pronunciamento parlamentario pode provir dunha esixencia legal *strictu sensu* ou dun instrumento planificador do Executivo alleo a un texto legal⁷.

b) *Actuación da Mesa.*

Debemos distinguir aquí dúas posibilidades segundo o plan ou programa se tramite perante o Pleno da Cámara ou perante unha das súas comisións.

No primeiro caso a Mesa do Parlamento envíalle á comisión competente o plan de que se trate con independencia de que deba formula-la súa cualificación preliminar sobre aquel e conforme o previsto no artigo 30 apartado 5 do Regulamento autonómico.

⁷ Así leis como a de estradas de Galicia ou a de ordenamento do turismo prevén a revisión de plans ó Parlamento. Distinto suposto é o integrado por plans que remitiu o Consello da Xunta en materias nas que existía unha lagoa legal, supostos como o do Plan de portos ou o Plan de estatística de Galicia, o Plan de financiamento das universidades, o de desenvolvemento do sistema bibliotecario, o do fondo de cooperación local, o de venda e solo e o Plan de drogas de Galicia.

A Mesa da Comisión será a encargada de organiza-la tramitación e de fixa-los prazos desta. Estas facultades atribuídas ás mesas das comisións formulan problemas acerca da natureza normativa dos acordos que estas toman. A práctica parlamentaria autonómica esixe que as normas adoptadas polas comisións respecto disto contén co visado da Mesa do Parlamento para a súa efectividade⁸.

c) *Trámite en comisión.*

A singularidade máis relevante da tramitación dos plans e programas é a posible existencia dunha ponencia que estudie o documento en cuestión. Trátase dun mecanismo perfectamente xustificable posto que a complexidade do texto remitido polo Goberno pode facer insuficiente o seu debate ante a comisión, e polo contrario pode aconsellar que un órgano especializado, como é a ponencia, faga unha análise máis detida.

O debate na comisión axeitárase ó previsto para as comunicacións se ben o prazo de presentación das propostas de resolución será de tres días, o que resulta plenamente xustificable pola complexidade que estes plans e programas adoitan ter. A Mesa do Parlamento pode decidir que as propostas se debatan no seo da comisión e que non as solicite o Pleno, neste caso o prazo para a presentación das propostas fixarano as normas que aprobe a Comisión, e habitualmente é menor dos tres días citados.

d) *A verificación da eficacia.*

Un aspecto sempre delicado é o do contraste da eficacia externa no cumprimento dos plans sen rango legal remitidos pola Xunta de Galicia. Habitualmente a verificación da eficacia sométese a órganos dependentes do Executivo autonómico. O control parlamentario, sen prexuízo da utilización dos instrumentos ordinarios, adóitanos realizar comisións especiais para o seguimento e execución dos plans (como ten ocorrido no caso do financiamento universitario e en materia forestal), que teñen a virtualidade de posibilita-la participación, na Cámara, de persoas alleas ó Parlamento (*hearings*) e a audiencia de grupos de presión atinxidos polo plan de que se trate⁹.

⁸ Procedemento que polo demais, non atopa apoiatura regulamentaria directa, pero que serve para xustificar esta potestade normativa das comisións.

⁹ Cuestión que acaba de estudar, polo miúdo, en Alemaña, Klaus von Beyme, "Interest groups in Parliamentary decisions in the German Bundestag", *Government and opposition*, páxs 38 e segs.

3. Informacións da Xunta

a) *En comisión.*

A vía das sesións informativas atópase prevista no artigo 143 do Regulamento do Parlamento de Galicia, neste caso a solicitude pode provir da propia Xunta ou da Comisión "correspondente", o que presenta problemas de determinación que entendo non lle poden servir de escusa ó Executivo para obviar a comparecencia. Este dereito de solicita-la comparecencia delé-gao, habitualmente, a comisión, na Mesa, a través dun acordo que se adopta en cada unha das comisións permanentes da Cámara, ó comezo da lexislatura.

A expresión "comparecerán", prevista no Regulamento, pon de manifesto a vinculatoriedade da decisión que adopte o órgano parlamentario para o Executivo, de tal xeito que entendo que sería posible que os deputados solicitantes da comparecencia puideran recorrer, ante o Tribunal Constitucional, pola vía do amparo, cando exista unha negación arbitraria para comparecer por parte do Executivo¹⁰, unha vez esgotados os recursos xudiciais oportunos pola vía do artigo 43 da LOTC (así se manifesta De la Peña Rodríguez, cando cita a xurisprudencia do TC respecto disto)¹¹.

A asistencia dos membros da Xunta acompañados de funcionarios ou autoridades das súas consellerías non presenta problemas xurídicos, aínda que en ocasións a configuración escénica das comisións produce dificultades na ordenación dos asistentes a estas comparecencias, pois a situación dos altos cargos ó carón da Mesa das comisións resulta imposible e provoca o seu "desfile" sucesivo e polo tanto unha certa subordinación protocolaria na Cámara.

O desenvolvemento das sesións informativas consta das seguintes fases:

a) Primeiramente o conselleiro expón oralmente a súa información, o que non debe ser interpretado restrictivamente e, polo tanto debe permiti-lo apoio noutros medios expositivos de carácter gráfico ou técnico. A limitación que si está clara é a orgánica. Neste sentido só poden comparecer nas sesións informativas os membros da Xunta (conselleiros) e non os altos cargos que só forman parte do Goberno en sentido amplo¹².

b) Posteriormente prodúcese unha suspensión por un tempo máximo de 45 minutos que atopa a súa xustificación na natureza informativa da comparecencia, e coa finalidade de que os deputados e os grupos parlamentarios poidan prepara-la formulación de preguntas ou observacións. Remata o debate coa con-

¹⁰ A solución é semellante por exemplo no caso navarro, pois o artigo 198 do RPN establece a obrigatoriedade da comparecencia se así o solicitan dez parlamentarios.

¹¹ *Dereito Parlamentario español e Tribunal Constitucional. Un estudio sobre a xurisprudencia do Tribunal Constitucional, ex art. 42 da LOTC (1981-1996)*, Ed. Comares, Madrid, 1998, pág. 487.

¹² O problema práctico preséntase naqueles sectores organizativos nos que non existe un conselleiro encargado da súa xestión. Trátase das coñecidas como secretarías xerais dependentes directamente do Presidente da Xunta. Neste caso a práctica parlamentaria vén admitindo a comparecencia dos secretarios xerais pero non a dos subdirectores xerais deles dependentes.

testación por parte do membro da Xunta, aínda que en ocasións os presidentes aplican o contido do artigo 78 do Regulamento, o que xera unha dobre quenda para o representante governamental e os membros da Cámara.

Distinta natureza ten a coñecida como “información sobre asuntos determinados” prevista no artigo 144 do Regulamento.

A solicitude para a celebración dunha sesión con este contido pode partir da Xunta de Galicia ou ben da Mesa e da Xunta de Portavoces, neste segundo caso a iniciativa para a adopción dos acordos atribúeselles a dous grupos parlamentarios ou á quinta parte dos membros da comisión.

A obrigatoriedade da comparecencia aparece, aquí, mediatizada polo acordo da Mesa e da Xunta de Portavoces, e polo tanto non resulta tan evidente como nos supostos das sesións informativas anteriormente citadas.

O desenvolvemento da comisión parte da exposición dun representante da Xunta que non ten por que ser un conselleiro, posteriormente prodúcese a intervención, por 10 minutos, dos representantes de cada grupo parlamentario ós que contestará o representante governamental, sen que se produza ningunha votación, xa que nos atopamos ante unha función informativa e non decisoria. O costume parlamentario galego atribúelle a primeira das quendas correspondentes ós grupos parlamentarios a aquel que fose o proponente da comparecencia, o que é perfectamente coherente coa dialéctica e co principio de contradición que rexe nos lexislativos.

Unha polémica irresoluta na Cámara autonómica é a do outorgamento dunha segunda ou máis quendas por parte do presidente, xa que nas comisións non está prevista esta posibilidade. Sen embargo a práctica de varias lexislaturas na comisión de Economía e Facenda consolidou esta segunda quenda que aplican discrecionalmente os presidentes das comisións.

b) En Pleno.

Ante a totalidade da Cámara só e posible a substanciación da comparecencia pola vía do artigo 144, isto é, a información sobre asuntos determinados. Nesta sede a relevancia política das comparecencias é moito maior e preséntase en toda a súa crueza o problema da “cantidade”, é dicir, a atribución dun número limitado de solicitudes de comparecencia ós grupos parlamentarios. A cuestión véñse solucionando a través do mecanismo da formación da orde do día na que participan a Mesa e a Xunta de Portavoces, pero que na miña opinión non pode xera-la posición indefinida de certas comparecencias. Interpretación

que se atopa apoiada polo criterio que, por exemplo, se segue na doutrina francesa ó entende-la responsabilidade política como unha manifestación da idea de que os gobernantes están ó servicio dos gobernados¹³.

O desenvolvemento da información para un asunto determinado en Pleno é idéntico ó descrito en comisión, se ben en casos excepcionais a Presidencia poderá de acordo coa Mesa e oída a Xunta de Portavoces abrir unha rolda para que os deputados poidan concisamente formular preguntas ou pedir aclaracións sobre a información facilitada. Para os efectos poderá fixarse un número ou un tempo máximo de intervencións (o que lamentablemente non adoita respectarse).

4. O control das disposicións da Xunta con forza de lei

Trátase dunha cuestión de grande actualidade no dereito comparado, singularmente en Italia, país no que a actividade lexislativa do Executivo se atopa en permanente debate como demostra a recente Sentencia do Tribunal Constitucional n.º 360 de 1996.

Sen embargo o dereito autonómico comparado e a súa práctica demostran a escasa utilización deste tipo normativo no Estado das autonomías, en contraste coa maior tradición con que conta no desenvolvemento do traballo das Cortes Xerais¹⁴.

a) *A delegación lexislativa na Comunidade Autónoma de Galicia.*

A previsión do artigo 10.1 do Estatuto de autonomía para Galicia establece que a potestade lexislativa delegada na Xunta se producirá nos termos establecidos nos artigos 82, 83 e 84 da Constitución para o suposto da delegación lexislativa das Cortes Xerais ó Goberno.

Un primeiro problema é o da posible aplicación do previsto no artigo 85 da Constitución que non aparece citado no texto estatutario. O dereito autonómico galego optou tamén pola denominación de "decretos lexislativos" para as disposicións autonómicas que conteñen lexislación delegada. En todo caso resulta rechamante a técnica lexislativa utilizada polo autor do estatuto que veu ser, en certa medida, corrixida polos artigos 53 a 57 da Lei reguladora da Xunta e do seu Presidente ó explicitar nidamente o procedemento da delegación lexislativa na nosa comunidade autónoma. Neste mesmo sentido, o Tribu-

¹³ Así se manifesta Pierre Avnile en "Pouvoir et responsabilité", en Varios: *Mèlanges offerts a Georges Burdeau*, LGDJ, París, 1977, pág. 9.

¹⁴ Así durante o ano 1996 soamente se aprobaron dous decretos lexislativos, correspondentes á Comunidade Foral de Navarra, e no ano 1997 tres, un deles nesa mesma autonomía, e os outros no País Vasco e en Valencia. Cfr., *Boletín de Información Parlamentaria*, n.º 23 e 24, Asemblea de Madrid.

nal Constitucional ten subliñado a imposibilidade de aplicación supletoria dos procedementos atinentes á organización institucional das comunidades autónomas¹⁵.

Como estudiou L. Pagano¹⁶ en Italia, os gobernos tenden a minusvalora-la utilización da técnica dos textos refundidos para dotar dunha maior coherencia o ordenamento xurídico, e así non é estraño que autorizacións feitas polo Parlamento para a redacción desta clase de textos caducasen por unha ausencia de actuación da Xunta de Galicia¹⁷.

b) Procedemento.

A Xunta deberá remitirlle ó Parlamento unha comunicación cun contido alternativo: ou ben o texto articulado ou o texto refundido obxecto da delegación lexislativa. A Mesa da Cámara ordenará a súa publicación no *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia*.

Conforme o establecido no artigo 10.1 do Estatuto de autonomía, as leis de delegación poden prever un control adicional por parte da Cámara da lexislación delegada¹⁸. Este control producirase do seguinte xeito: dentro do mes seguinte á publicación, os deputados ou grupos parlamentarios poden formular obxeccións, senón se producen, presúmese que a Xunta fixo un uso correcto da delegación lexislativa.

No suposto de se produciren obxeccións, a Mesa do Parlamento remitirallas á comisión competente para que esta emita dictame no prazo que a Mesa da Cámara sinala. Este texto debaterase no Pleno da Cámara consonte os artigos que regulan o procedemento lexislativo, e formula ante todo o problema dos efectos xurídicos que poida producir o control parlamentario, o que conduce á problemática xeral da "eficacia limitada" do dereito parlamentario en termos sinalados no seu momento por autores como Edmundo Matía¹⁹. **☐**

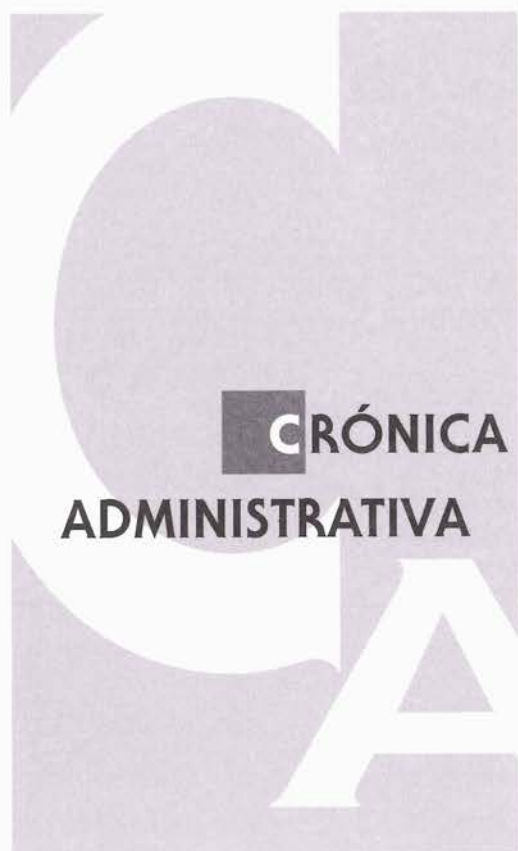
¹⁵ A aplicación máis rechamante da técnica da supletoriedade do dereito estatal na materia da delegación lexislativa tivo lugar con motivo da modificación da lei autonómica do Servizo Galego de Saúde, posto que a Xunta entendeu de aplicación, a delegación lexislativa existente no caso estatal entre as Cortes e o Goberno, o que parece evidentemente excesivo á vista do noso Estatuto de autonomía.

¹⁶ L. Pagano, "La riforma delle leggi elettorali", *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, n.º 1/3, Camera dei deputati, 1995, páx. 198.

¹⁷ Así ocorreu coa autorización, para refundi-lo texto regulador das caixas de aforros de Galicia, que se outorgara a través dunha lei anual de presupostos.

¹⁸ O texto do Regulamento contén a expresión "lexislatura delegada" que non pode interpretarse senón como un erro tipográfico.

¹⁹ Para un estudio detido dos efectos dos actos parlamentarios pode consultarse o seu traballo, "A eficacia do dereito parlamentario" publicado no volume colectivo *As fontes do dereito parlamentario*, Parlamento Vasco, 1996, páxs 243 e segs.



CRÓNICA

ADMINISTRATIVA

Xornada de estudio sobre Ramón de la Sagra

A Coruña, 1 de abril de 1998

Doutor en Historia.
Corpo Superior da
Administración da Xunta
de Galicia

Xosé Luís Mínguez Goyanes

A Escola Galega de Administración Pública conmemora ó longo de 1998 a figura de don Ramón de la Sagra, o coñecido pensador galego do século XIX, do cal no mes de abril dese ano se cumpriu o bicentenario do seu nacemento. Deste xeito a EGAP continúa co labor de rescatar diversas figuras de xuristas ou pensadores galegos que, se ben no seu tempo gozaron de sona, na actualidade permanecen no esquecemento. En anos anteriores conmemoráronse personaxes como Manuel Colmeiro, Luis López Ballesteros ou Eugenio Montero Ríos.

* * *

O 1 de abril de 1998, a EGAP organizou unha xornada de estudio sobre Ramón de la Sagra, no salón de actos da Delegación Provincial da Consellería de Presidencia e Administración

Pública na Coruña. No simposio participaron especialistas de dentro e de fóra de Galicia, que resaltaron as distintas facetas nas que se centrou a actividade do pensador galego.

Presentou o simposio Manuel Braña Gutiérrez en representación da EGAP. Braña sinalou o descoñecemento en que caeu De la Sagra, motivo polo cal esta institución organizaba esta actividade, a modo de homenaxe a esta egrexia figura galega.

O primeiro relatorio correu a cargo de Asunción Cambrón Infante, profesora de filosofía do dereito da Universidade da Coruña, co título de "Ramón de la Sagra, home ilustrado".

Asunción Cambrón comezou a súa exposición sinalando a orixe burguesa de De la Sagra, nado no seo dunha familia coruñesa relacionada co comercio colonial con América que se viu afectada pola perda das colonias. Polo tempo do nacemento de De la Sagra existía na Coruña un núcleo liberal, dedicado ó comercio coas Américas que se articulaba ó carón do Real Consulado. Esta mesma institución crea a "Escola de Arte e Navegación", na que estudiará De la Sagra ata 1813. Nese ano marcha a Santiago e alí matricúlase na "Escola de Cadetes".

En Santiago, De la Sagra fai amizade con Casiano de Prado fillo, e ámbolos dous parece que apoian unha revolta de tipo antiabsolutista. Con motivo disto vese obrigado a abandonar a cidade en 1919 e marchar a Madrid, onde vive ata 1822. En Madrid traba contacto cos personaxes de ideoloxía liberal. Asunción Cambrón incidiu na dobre vertente, política e económica, destes liberais.

En Madrid, De la Sagra escribe nalgúns revistas como a *Crónica Científica y Literaria*. E amosa unha boa preparación filosófica cando escribe sobre o transcendentalismo Kantiano. De la Sagra é o primeiro que fala en España de Kant, co que contribúe á penetración do pensamento europeo máis novidoso.

A principios do XIX cobra auxe o tabaco en Europa. Hai un proxecto do Goberno español para fabricar rapé na Real Fábrica de Tabacos da Habana. De la Sagra é invitado a sumarse a este proxecto e con este fin marcha á Habana en 1822. Sen embargo, ós poucos meses volve a Madrid pois o Goberno español abandona este proxecto. Ó ano seguinte volve á Habana para deter unha cátedra de Ciencias Naturais nunha nova universidade que se ía formar. Sen embargo o proxecto non segue adiante, e De la Sagra queda encargado da dirección do Xardín Botánico da Habana. De 1823 a 1835 viviu nesa cidade, onde realiza diversos traballos: docencia, dirección dunha escola de nenos campesiños, a realización dun mapa topográfico da illa, a clasificación de especies animais, etc.

De 1825 a 1831, De la Sagra publica a revista *Anales de Ciencia*. Desde esta tribuna posiciónase a favor dunha diversificación de cultivos na illa. De la Sagra é inimigo do monocultivo do azucre, e defende os intereses peninsulares. Sen embargo a súa posición de ataque ó “nacionalismo cubano” ten un custo persoal. A súa postura non é comprendida e o seu prestixio científico vese erosionado.

Por este motivo, en 1830 pretende regresar a España, dado que o seu prestixio está afectado polo seu vínculo co poder colonial. Por esa época a Intendencia da Habana financia un proxecto sobre historia de Cuba ó que se suma Ramón de La Sagra. Vai a Nova York e vivirá durante cinco meses nos Estados Unidos. Alí ten ocasión de visita-las prisións daquel país, e prodúcese un cambio na súa traxectoria persoal. De la Sagra pasa de ser fundamentalmente un naturalista a adoptar unha postura de filántropo.

No ano 1836, vai a París para edita-la súa obra. A fins de 1837 é elixido deputado pola Coruña. Nas Cortes permanece ata 1840, e alterna o seu labor político coa publicación da obra, que se acomete en París. De la Sagra pertence á comisión de reformas sociais do Congreso. O seu traballo céntrase no estudio do sistema penitenciario. Establece, con este motivo, contactos en Bélxica, Holanda, Alemaña e Gran Bretaña, para coñece-los seus sistemas correccionais, industriais e educativos.

A partir de 1842-1843, De la Sagra evoluciona ideoloxicamente: cambia o panorama político e el tamén se vai radicalizando. Publica unha obra sobre a escravitude, na que propuña a súa abolición. Esta postura non é comprendida e tráelle problemas persoais.

De 1843 a 1848 permanece en París, onde establece contactos con axitadores sociais. Denuncia problemas como o paro, a prostitución, e o traballo infantil. Por todo isto chegará a ser acusado de “anarquista”. No ano 1849 expúlsano de Francia, pola súa ligazón co movemento revolucionario, e retorna a España.

De seguido Asunción Cambrón falou da grande incidencia e predicamento que tivo De la Sagra en Galicia. Defendeuna como deputado e fai diversas doazóns ó Concello de Santiago. Alenta tamén os provincialistas, que fracasan en Carral e polemiza con Manuel Colmeiro na *Revista de los intereses materiales y morales*, sobre os principios do librecambismo.

Nas Cortes de 1854 volve ser deputado, esta vez por Lugo. Máis adiante renuncia ó seu cargo de deputado. Nesta decisión parece que influíu o feito de que a publicación da súa historia de Cuba estaba paralizada. En España, De la Sagra non atopa o

apoio que si tiña en Cuba para este proxecto. Parece que influíron tamén, na súa decisión, os ataques que recibe a súa persoa na prensa española, que o maltrata con dureza.

No ano 1855 volve a París e comeza a colaborar con revistas conservadoras. De la Sagra ten un último período idealista, case metafísico. A súa proposta social era polémica fronte ós seus propios contemporáneos. Sorprende que Balmes e Donoso tivesen predicamento na cultura española e en cambio De La Sagra non. Asunción Cambrón asegura que, en realidade, non se comprendeu o seu proxecto. Unha achega importante de De la Sagra será a referente á reforma das prisións, pero, en realidade, esta cuestión afectaba a poucas persoas. Por iso, exceptuados estes colectivos, o seu prestixio está neutralizado.

Nos seus últimos anos, De la Sagra vive en precarias condicións. Solicítalle unha pensión á raíña, que se lle concede ós dous anos, pero unha intervención súa pouco afortunada (reclama unha serie de atrasos) provoca a anulación daquela. Gracias a un irmán seu que vivía en Montevideo, enraizado na burguesía crioula, noméano vicedecónsul de Uruguai en París. De la Sagra dedicárase tamén a traducir do francés diversas obras de física e química.

A principios do ano 1871 desprázase a Suíza. Alí morre o 21 de maio do mesmo ano e, como mostra do seu resentimento cara ó Goberno español, nas súas últimas vontades deixa disposto que non se lle transmita a noticia da súa morte.

Asunción Cambrón establecerá, por último, unha relación de De La Sagra coa Ilustración. O pensador galego aposta pola razón e o progreso, por iso é ilustrado; pero é un ilustrado particular: confía no liberalismo político e económico, pero trata de corrixi-los problemas da forma de produción capitalista, ante o impacto que lle producen os conflitos sociais. Na súa postura final opta por prima-lo fomento do desenvolvemento material e a obediencia ó poder, e isto último non está ben visto por algúns. De la Sagra segue a tradición ilustrada de "todo para o pobo, pero sen o pobo".

O seguinte relatorio correu a cargo de Jordi Maluquer de Motes i Bernet, catedrático de historia e institucións económicas da Universidade Autónoma de Barcelona, que falará sobre "Ramón de la Sagra ante a industrialización".

Maluquer, ó longo da súa exposición, define a De la Sagra como un "observador crítico protagonista". A faceta de De la Sagra como observador da economía xorde a partir do ano 1836, despois do seu regreso a Europa. De la Sagra visita diversas exposicións universais nas capitais europeas e observa a realidade

económica de España. O seu interese polas cuestións económicas fará que se converta en empresario a partir do ano 1845. Combina, con palabras de Maluquer, unha aposta decidida pola industrialización co interese polo benestar material da sociedade. Para De la Sagra, sen industrialización non podía existir progreso económico. Pero esta industrialización tiña que combinarse coa cooperación económica internacional. O pensador galego concibe o progreso material da sociedade como algo que debe estar intimamente unido ós sistemas de mellora de vida, e en concreto a unha forma máis equitativa de distribución da renda e do benestar.

Maluquer sinalou cinco liñas básicas na ideoloxía de De la Sagra: a) Ensinanza e formación industrial; b) Fomento do espírito de asociación; c) Necesidade dun amplo sistema de institucións financeiras; d) Acción pública a través da transformación e mellora dos medios de comunicación; e) Liña de actuación dende un goberno fortemente conservador e proteccionista. De la Sagra é partidario da libre empresa, pero reclama un principio de actuación e organización dende o Estado.

Respecto da industria española do momento, en De la Sagra dáse unha auténtica fascinación pola industria siderúrxica e metalúrxica. Sen embargo a presión do movemento obreiro, que De la Sagra rexeita, está producindo, segundo el, o atraso no proceso de industrialización.

A fins do ano 1845, De la Sagra decide pasar á acción, abandona a actividade intelectual e convértese en empresario, para o que se vale das súas experiencias adquiridas en Cuba e EEUU. Así, centra a súa actividade empresarial no sector azucreiro, e diríxise á rexión mediterránea española. De la Sagra formulará un proxecto para producir azucre de cana nesa rexión, ó entender que é a única zona de Europa capaz de producir tal produto. O seu proxecto ten un carácter de reforma social, non só comercial e empresarial. A posición que el manifesta está orientada cara ó rexeitamento da escravitude e o favorecemento do traballo libre.

Maluquer sinalou que a recuperación da rexión azucreira andaluza se debe a De la Sagra, que introduce novas tecnoloxías na materia e no cultivo da cana de azucre.

O terceiro relatorio correu a cargo do profesor cubano Manuel Moreno Fraginals, do Departamento de Historia do College of Arts and Sciences da Universidade de Park Miami (Florida). O seu relatorio titulouse "Posición de Ramón de la Sagra fronte á escravitude". O autor galego, para Moreno Fraginals, é unha das persoas que máis seriamente estudaron a illa de Cuba.

Cando De la Sagra chega a Cuba cara ó 1818-1820 é un mozo de esquerdas, socialista. Nada máis chegar entra en violenta polémica coa oligarquía crioula cubana.

No ano 1815-1820 prodúcese o levantamento das repúblicas americanas fronte á metrópole. Sen embargo o grupo crioulo cubano apoia decididamente a metrópole. Estaban comprometidos co antigo réxime e sobre todo co grupo de Fernando VII.

Do 1750 ó 1770 Cuba achega persoas pro-españolas para o resto das colonias. Moreno Fragnals indicou que cómpre investigar sobre a defensa de España por parte da clase oligárquica cubana, xa que Cuba estaba profundamente comprometida cos intereses españois. Destacou Moreno o apoio de Cuba a España nos momentos da independencia americana.

A fins do XVIII e principios do XIX hai un grande capital acumulado crioulo. No ano 1830, Cuba é o primeiro país cafeiteiro do mundo, aínda que máis diante o café desaparece completamente da illa. Cuba convértese no primeiro país azucreiro. Tanto o café coma o azucre son dous cultivos de plantación, que esixían importación masiva de man de obra escrava. Isto crea as primeiras diferencias entre os crioulos e o Goberno español. Estes crioulos eran un grupo burgués emprendedor e con sentido moderno da empresa. Foron os primeiros en introduci-la máquina de vapor nos seus "enxeños". É significativo que o ferrocarril cubano fose o terceiro ou cuarto en instalarse no mundo (antes incluso do primeiro da metrópole, que foi o de Barcelona-Mataró). Moreno Fragnals ve, nestes momentos, un grande esforzo de tecnificación azucreira en Cuba.

Ó chegar De la Sagra a Cuba como director do xardín botánico, os crioulos comezan a combatalo. Edita os seus *Anales de ciencia y arte*, considerada, por moitos, a mellor publicación científica cubana. Dende esta publicación faise énfase no desenvolvemento da agricultura cubana e sobre todo do azucre.

De la Sagra representa o interese español, co apoio dunha oligarquía que non buscaba a independencia, pero si o desenvolvemento pleno dos seus obxectivos industriais. No fondo está xurdindo xa o problema da escravitude.

Os escravos constituían o 45-55% do capital investido tanto no café coma no azucre. O interese en moderniza-lo azucre e o café ían fundamentalmente contra a escravitude.

No 1800-1815 chegan a Cuba máis de 130.000 escravos. O escravo determina a españolización do Goberno, cada vez máis forte. O crioulo advirte que o escravo é un instrumento de dominio español. O crioulo quere "liberarse" do escravo. Pensa que o escravo imposibilita a tecnificación do azucre. Os esca-

vos véndense a través de grupos españois. Nestes momentos os sucesivos capitáns xerais establecidos en Cuba fomentan a chegada de escravos. No ano 1849 faise un censo e descóbrese que hai máis escravos en Cuba que libres: máis negros ca brancos.

Moreno Friginals falou dun grupo, aglutinado ó redor do intelectual cubano José Antonio Saco, que trataba de evitar que Cuba se convertese nunha xigantesca plantación. Saco propuxo facer plantacións pequenas e despraza-los negros de Cuba. Na opinión de Moreno Friginals, esta contradicción entre mecanización e escravitude acaba con esta última.

De la Sagra, que é decididamente antiescravista, ve a escravitude coma unha barbaridade productiva, dado que co tempo a mecanización será a que domine o panorama productivo. O autor galego quere unha agricultura científica en Cuba e pensa que hai que transforma-lo modo de produción cubano. É absurdo que o valor dun enxeño sexa o que valen os seus homes. Por iso cando morre un negro desaparece un capital.

De la Sagra enrédase en polémicas con Saco, que era un crioulo con grande forza e prestixio. Saco tentará poñer a De la Sagra como ignorante; chega mesmo a insultalo pero non logra derrota-las súas ideas. De la Sagra non entendía a razón do odio que lle tiña Saco. De Saco dise que era o revolucionario, o moderno, mentres que o pensador galego pasa por se-lo antigo, o colonial. A historia, segundo Moreno Friginals, é exactamente ó revés.

Para Moreno Friginals non é casual que o primeiro historiador que utiliza técnicas cuantitativas sexa De la Sagra. Este traballa con censos de poboación; estudia o custo do transporte da man de obra escrava, o seu tempo de vida, e incluso o número de fillos que teñen. Pon, por primeira vez, a demografía ó servizo da historia. De la Sagra, na opinión de Moreno Friginals, foi un adiantado no seu tempo e un dos máis grandes homes que enviou España a Cuba.

O cuarto relatorio correu a cargo de Francisco Díaz-Fierros Viqueira, catedrático de edafoloxía e química agrícola da Universidade de Santiago de Compostela. O seu relatorio titulouse "Achea de Ramón de la Sagra ás ciencias".

A principios do século XIX a ciencia estaba recompilando os froitos do século XVIII. É a época das grandes sínteses da ciencia. Xorde a ciencia romántica, con Humboldt como destacado protagonista. Para Díaz-Fierros, De la Sagra é debedor desta síntese.

Con Carlos III hai un grande desenvolvemento das ciencias en España. Ás veces dise que coa súa morte se frustraron estes proxectos, pero a realidade non é así. Godoy crea as escolas de

veterinaria, de camiños, etc. Fomenta tamén as axudas para o estudo, e promove, por exemplo, o Consulado do Mar.

En Galicia, ata o século XVII faise a ciencia na universidade. No XVIII realízase fóra dela, na Mariña, no Real Consulado, na Sociedade Económica. Como consecuencia do anterior hai unha grande polémica na universidade polas novas teorías.

Na Universidade de Santiago de Compostela xurdían os colexios prácticos: o de cirurxía, o de farmacia, o militar (que intentaba forma-los galegos que ían a Madrid ás academias). No ideario político había tres eixes. O primeiro eran os afrancesados (na Coruña ligados ó comercio e en Santiago de Compostela á universidade), que eran personaxes relevantes dende o punto de vista científico). O segundo grupo eran os liberais e os absolutistas o terceiro.

O desenvolvemento científico no primeiro tercio do XIX en Galicia foi distinto ó do resto de España, segundo Díaz-Fierros. Ó seu parecer algo tivo que ver con isto este foco liberal e progresista.

En canto á formación que tivo De la Sagra, ata os 14 anos fórmase no Consulado da Coruña, no que estudia matemáticas, física e debuxo. Ós 15 anos vai para Santiago de Compostela, ó colexio militar, no medio dun ambiente liberal, no que a figura de Newton non era descoñecida. Alí estaban figuras importantes como Fontán ou Suárez Freire. De la Sagra recibe na Universidade compostelá formación en matemáticas e química, e chega a ser discípulo de Fontán. Estudia tamén institucións médicas e anatomía. De la Sagra tiña grande afección polas ciencias naturais, aínda que non recibiu ensinanzas reguladas sobre estas. Cultivounas mesmo como afección.

En Madrid, De la Sagra participa na creación do Ateneo, xunto ó matemático Rodríguez, director do Observatorio Astronómico. Sen embargo, segundo Díaz-Fierros, na citada cidade De la Sagra realiza sobre todo unha actividade política e literaria, máis que propiamente universitaria.

De la Sagra marcha a Cuba como profesor de historia natural dunha universidade que non se chegaría a crear. Díaz-Fierros sinalou que a historia natural se concibía, naquela época, dunha maneira ampla: botánica, xeoloxía, química, matemáticas, física (que se aplicaban ós arados, á terra, etc.). Ó fracasa-la súa designación como profesor, De la Sagra será nomeado director do xardín botánico da Habana, cargo no que permanece nove anos.

De la Sagra percorreu a illa acompañado por Felipe Poy e Pedro Augué, recollendo plantas, animais e minerais. Para a súa

clasificación entrou en contacto con científicos europeos, entre eles o mesmo Humboldt. É tamén membro de diversas sociedades científicas de Europa e de América. Crea a "Estación Agronómica", na que desenvolve as súas teorías destinadas á produción de cultivos aplicados.

Existían, segundo Díaz-Fierros, tres modelos de estacións agronómicas: a "Granxa escola", cunha finalidade educativa; a "Estación experimental", que é puramente científica e a "Fazenda modelo", que era unha especie de extensión agraria dirixida fundamentalmente ós agricultores.

No ano 1877 en Connecticut créase a que pasa por se-la primeira estación experimental. Sen embargo na opinión de Díaz-Fierros antes desa, pódese considerar como primeira a patrocinada por De la Sagra na Habana.

De la Sagra estudiou o clima, a xeoloxía, os pozos de auga, a flora e a fauna. Preocupouse tamén das técnicas de cultivo e do aproveitamento dos produtos agrarios, e chegou a publicar diversos programas. De la Sagra é probablemente o primeiro agrónomo americano que existiu, aínda que, ó abandona-la illa, o seu labor non ten continuidade.

No que se refire á súa produción intelectual Díaz-Fierros destacou a historia natural da illa de Cuba, magna obra que lle deu sona de naturalista. En realidade De la Sagra foi o coordinador intelectual, do mesmo xeito que Diderot na *Enciclopedia*, e soubo recrutar-los científicos de máis sona para a confección desta obra. No que se refire á súa achega persoal, Díaz-Fierros distinguiu dúas vertentes: a) recolleita de series naturais (animais, plantas..) das que logo en Europa emprende a súa catalogación; b) desenvolveu o capítulo dos mamíferos: morcegos, roedores, sobre os que fai un traballo importante.

A epistemoloxía científica de De la Sagra, a súa idea da ciencia, pódese resumir en catro puntos: a) Harmonía entre tódolos elementos da natureza (idea moi hamboltiana); b) Importancia que lles dá ás matemáticas e á física como fonte de suxestión de formulacións científicas; c) División das ciencias, nas que hai dous grandes grupos para el: as apriorísticas ou fundamentais (matemáticas, metafísica e tamén a moral) e as que estudian a materia orgánica e inorgánica (non di cáles son: serían a botánica, xeoloxía, etc.); d) Importancia que lle dá á ciencia como motor do progreso humano.

Finalmente Díaz-Fierros sinalou que De la Sagra en Galicia foi un personaxe próximo e ó mesmo tempo afastado. Foi incomprendido en Cuba e admirado en Galicia, pero tamén esquecido.

De seguido tivo lugar a mesa redonda, que comezou cunhas palabras de Domingo Bello Janeiro, o director da EGAP. Bello indicou que a maioría das actividades da EGAP se desenvolven fóra de Santiago de Compostela, co fin de descentralizalo maior número posible dos actos que organiza esta escola. Neste caso o simposio tiña lugar na Coruña como homenaxe á cidade que viu nacer a *De la Sagra* en 1798. Segundo Bello Janeiro, Ramón de La Sagra preocupouse de mellora-la situación da cidadanía, e realizou, para iso, unha análise dos problemas sociais que aínda hoxe resulta válida en moitos aspectos.

Baldomero Cores Trasmonte, letrado xubilado do Parlamento galego e escritor, interveu a continuación. Ó seu dicir, De la Sagra é unha figura contradictoria, mesmo desconcertante dende o punto de vista ideolóxico. Non entraba no xogo dos partidos dominantes. Era un axente de cambio social. Era partidario dunha transferencia de coñecementos entre países atrasados e adiantados. De la Sagra era consciente de que facía falta unha revolución social. En realidade era un "buscador de préstamos". Resaltou Cores, o uso, por parte de De la Sagra da publicística, como un dos instrumentos preferidos para divulgar as súas ideas.

Despois interveu o director de *El Ideal Gallego*, Valentín Alejandro Martínez. Para el De La Sagra é unha figura que transcende o ámbito propiamente galego. De la Sagra tiña unha visión universal dos problemas. Participaba dun espírito aberto, liberal. Neste sentido non é casual que De la Sagra nacesse na Coruña, cidade caracterizada precisamente por este espírito. Os xornais do seu tempo estaban destinados ás elites. A influencia da prensa periódica desenvolvíase precisamente neses ámbitos. Valentín Alejandro Martínez sinalou que De la Sagra sabe utilizar a prensa, co obxecto de divulgar as súas ideas.

Despois falou José Vázquez Gómez, xefe de documentación de *La Voz de Galicia*. En liñas xerais coincidiu coas apreciacións do anterior conferenciante no referido ó tema da prensa. De la Sagra, indicou Vázquez Gómez, nace e vive nunha etapa crucial para o periodismo. Na súa época prodúcese unha triple revolución: demográfica, intelectual e sociopolítica, como sinalan varios autores. Estas tres revolucións do mundo contemporáneo fortalecen o periodismo. De la Sagra dáse de conta da importancia das publicacións periódicas, xa dende a súa xuventude. Non é un periodista no sentido actual. Concibe o periodismo como un medio para expoñer as súas ideas e sobre todo para polemizar dende un punto de vista ideolóxico. Vázquez indicou que a infraestrutura editorial da época se carac-

terizaba polo seu minifundismo. Había unha auténtica “diarrea” de periódicos, unha especie de “periodicomanía”, que levaba a unha eclosión deste tipo de publicacións, a maioría das cales tiveron unha vida efémera.

De la Sagra utilizaba a prensa sobre todo para polemizar. Era un polemista nato, segundo Vázquez Gómez. Tamén un “grande solitario” como dicía Emilio González López. De la Sagra pasou de radical a moderado, para rematar finalmente no conservadorismo. Foi un home solitario e polémico, tamén un grande utópico.


De seguido interveu Diego Bernal López, delegado para Galicia da Axencia Efe. Segundo Bernal, a figura de De la Sagra está no maior frontispicio galego. Foi un intelectual inquieto, que amosa contradicción no seu pensamento. Pero iso é, segundo Bernal, a cerna da creación intelectual. En Santiago de Compostela chocará coas ideas reaccionarias da Inquisición e en Norteamérica descubrirá o capitalismo e sorpréndese da mecanización do seu campo. A súa postura persoal pasa da defensa do capitalismo ata o socialismo, para terminar no conservadorismo. Bernal sinalou a importancia de figuras como De la Sagra, cara ó renacer de Galicia.

Despois falou Ramón García-Malvar Mariño, fiscal xeral de Galicia. Sinalou que De la Sagra era unha figura sorprendente. Non é un home do seu tempo. Arrastraba unha ideoloxía do século XVIII. Era un intelectual profundo, inquieto. Introdúcese de cheo en tódalas ideas do seu tempo e entra en contacto con tódolos movementos europeos. García-Malvar pediu que se fagan traballos biográficos dos grandes representantes da nosa terra. Neste sentido apuntou que cómpre facer unha grande biografía deste galego egrexio e reeditar tódalas súas publicacións.

Na quenda de intervencións houbo unha dobre pregunta sobre a relación de De la Sagra coa masonería e sobre a suposta desvinculación súa respecto de Galicia. Vázquez Gómez contestou que De la Sagra era un ilustrado que non tiña sitio para traballar aquí. Bernal López abundou nos problemas de De la Sagra coa Inquisición. Un dos presentes asegurou que está documentado que no ano 1820 De la Sagra en Madrid pertence á masonería. Valentín Alejandro Martínez dixo que vivira en momentos de convulsión, pero que non hai unha formulación de fuxida de De la Sagra respecto de Galicia. Dixo tamén que non hai que estudar esta figura dende un punto de vista localista, senón universal. Cores Trasmonte opinou que quizais De la Sagra non era tan masón como se dicía. Puxo en dúbida tamén que estivese perseguido pola Inquisición, cousa que non ocorreu co

seu amigo Casiano de Prado. Os presentes opinaron que o que é certo é que estivo vinculado a destacados masóns. Cores Trasmonte dixo que De la Sagra foi protector dos provincialistas. Asegurou tamén que, nalgunha ocasión dirá que se sente abandonado polos galegos. En definitiva, segundo Cores, os culpables deste suposto desvencellamento pódense atopar polas dúas partes.

Asunción Cambrón dixo, a continuación, que non se entende a figura de De la Sagra sen a ligadura das sociedades secretas. A súa vida profesional hai que vela ligada a estas tramas. Sufriu persecución en Santiago de Compostela porque apoiou o levantamento do capitán Aldea. Ata que vai a Cuba está ligado á masonería. Na súa opinión si que tivo relación con Galicia, aínda que era un cosmopolita. Vía a Galicia como a Cuba. Mesmo en ocasións enviou contribucións económicas ante catástrofes ocorridas en Galicia. Como ilustrado que era, interpretaba que a promoción de Galicia estaba ligada á do resto do Estado español.

Finalmente, Domingo Bello Janeiro fixo unha recapitulación final do simposio e agradeceulles ós conferenciantes e ó público asistente o esforzo por difundir-la figura deste galego universal que foi Ramón de la Sagra. 

I Congreso hispano-italiano de dereito penal económico

A Coruña, do 20 ó 24 de abril de 1998

Avogado | José Ricardo Pardo Gato

¹ AUGER LIÑAN, Clemente, *El Derecho penal de la economía problemática*, en *Cuadernos de Derecho judicial*, C.X.P.X., Tomo XXII, *La nueva delincuencia I*, Madrid, 1993, páxs. 31 a 55.

A posibilidade da existencia ou configuración dun dereito penal económico inclúese no núcleo dos problemas de maior actualidade e relevancia do dereito penal, posto que a existencia e presenza particular do dereito penal da economía pode supoñer importantes e transcendentais repercusións no ámbito do dereito penal estrictamente considerado.

A intervención do Estado na economía provocou a aparición de novas formas xurídicas destinadas á súa regulación. Xurdiu así o chamado dereito económico que entrou en pugna co dereito clásico, feito que afectou á economía contractual e redimensionou a noción de orde pública. Paralelamente, a reforma económica produciu a irrupción de normas de dereito penal económico, que se entendeu como a norma máis aguda de intervención do Estado na economía¹.

Revista Galega de
Administración Pública.
Núm. 19 maio-agosto 1998

O prestixio que segue atribuído ó dereito penal propiamente dito, singularmente ó dos códigos, cos seus aceptados valores de censura e prevención xeral, incita á súa utilización como instrumento ó servizo dos imperativos económicos do momento. É certo que, a pesar da evidencia de realidades comprobadas, non se desiste de someter ó dereito penal fenómenos da vida económica, da ciencia e conciencia dos máis espectaculares e reiterados fracasos, atenuados notablemente coa aprobación da Lei orgánica 10/1995, do 23 de novembro, do Código penal (CP).

* * *

Entre os días 20 e 24 de abril de 1998 tivo lugar na Coruña, no Rectorado da Maestranza, o "I Congreso hispano-italiano de dereito penal económico" que, organizado pola Área de Dereito Penal da facultade de Dereito da Universidade da Coruña, contou coa colaboración do Ilustre Colexio Provincial de Avogados desa capital e da Escola Galega de Administración Pública. Neste importante congreso, no que participaron eminentes xuristas, tratouse, dende o punto de vista do dereito español e italiano, un tema do máximo interese como é o do dereito penal económico, tendo en conta as importantes modificacións introducidas neste campo e en España coa entrada en vigor do Código penal de 1995.

Coa presidencia de Jorge Teijeiro Vidal, vicerrector de Relacións Institucionais da Universidade da Coruña, a inauguración do Congreso correu a cargo de Domingo Bello Janeiro, director da Escola Galega de Administración Pública, Ramón García-Malvar y Mariño, fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, e Carlos Martínez-Buján Pérez, catedrático de dereito penal na Universidade coruñesa.

Nas palabras de apertura o profesor Martínez-Buján destacou a presenza hoxe do dereito penal económico como unha auténtica ciencia autónoma de carácter diferencial con respecto ó dereito penal nuclear ou común e subliñou que o reto actual do dereito penal económico consiste en acomodarlos principios penais de imputación ós novos delitos e, en particular, ós delitos empresariais.

Pola súa parte, o profesor Bello Janeiro puxo de manifesto que a aprobación e conseguinte entrada en vigor do Código penal de 1995 supuxo unha enorme repercusión no ámbito da Administración pública, especialmente nas administracións autonómicas, froito da descriminalización de determinadas con-

ductas, conforme a moderna tendencia europea, como ocorre en Alemaña, xa que a actual tipificación dos delitos require ser integrada en case tódolos casos con normas de carácter administrativo, coa complicación engadida de seren moitas delas regulamentarias e co risco consecuente de deslegalización.

Como principais novidades introducidas polo referido código, o director da EGAP resaltou a esixencia de responsabilidade civil subsidiaria á Administración do Estado, á Comunidade Autónoma, á Administración local (provincia ou concello), e ós demais entes públicos, que, cada un no seu caso, responderán subsidiariamente dos danos ocasionados polos penalmente responsables dos delitos dolosos ou culposos, cando estes sexan autoridade, axentes e contratados da mesma ou funcionarios públicos no exercicio dos seus cargos ou funcións, sempre que a lesión sexa consecuencia directa do funcionamento dos servizos públicos que lles confíansen.

Esta responsabilidade establécese sen prexuízo da responsabilidade patrimonial derivada do funcionamento normal ou anormal dos ditos servizos esixible conforme coas normas do procedemento administrativo, e sen que, en ningún caso, se poida dar unha duplicidade indemnizadora.

A responsabilidade civil das administracións públicas parte, no Código penal de 1995, do principio de que a execución dun feito descrito pola lei como delito ou falta obriga a reparar, nos termos previstos nas leis, os danos ou perdas ocasionados, onde se mesturan as pretensións posibles de carácter civil acumulables ó proceso penal coa obriga de responsabilidade civil derivada do feito delictivo.

Outro tema de especial transcendencia para a Administración pública ó que se referiu o profesor Bello, productivo do novo sistema de penas, é o correspondente á novidosa competencia do Tribunal do Xurado para coñecer do xulgamento dos delitos cometidos polos funcionarios públicos no exercicio dos seus cargos, que no último Código penal aprobado figuran baixo a rúbrica dos "Delitos contra a Administración de Xustiza", "Infidelidade na custodia de documentos", "Suborno", "Malversación de fondos públicos", "Fraudes e exaccións ilegais", e "Infidelidade na custodia de presos"; e son encomendados os anteditos preceptos ó coñecemento do xurado, composto por xuíces legos.

Entrando xa a comenta-lo contido específico do Congreso, na primeira das sesións abordouse o tema da "Responsabilidade penal das persoas xurídicas", que foi obxecto de reflexión, dende o punto de vista italiano, por Carlo Enrico Paliero, ordi-

nario de dereito penal da Universidade de Pavía, e dende a óptica española, por Mercedes García Arán, catedrática de dereito penal da Universidade Autónoma de Barcelona.

Enrico Paliero articulou o seu relatorio en tres puntos, dous relativos ás teses que, en relación coa materia, poden sosterse actualmente e un terceiro relativo ás hipóteses de traballo que neste ámbito se poden formular.

Respecto das teses, tratou en particular os presupostos de feito da criminalización do ente (a *fenomenoloxía* da responsabilidade) e o cadro xeral das opcións normativas (a *nomoloxía* da responsabilidade).

En canto á *fenomenoloxía* da responsabilidade, o ordinario entende que se trata de sinalalos principais presupostos de feito da “necesidade de pena”, aceptada actualmente para a persoa xurídica pola xeneralidade da doutrina. Na súa opinión, estes son:

1. A globalización dos mercados e a conseguinte democratización do dereito penal.

2. O investimento das relacións de “visibilidade” entre vítimas individuais e vítimas colectivas.

3. A conseguinte preponderancia, na emersión social dos comportamentos criminais, do autor colectivo sobre o autor individual.

En canto á *nomoloxía* da responsabilidade, considera que se trata de botar unha ollada sobre as opcións normativas que xurdiron en relación co tratamento da criminalidade do ente.

As respostas dos diversos ordenamentos a estes *inputs* fácticos son principalmente de dous tipos, que deron lugar actualmente, en termos iuscomparatísticos, a dúas familias xurídicas, as cales poden analizarse como un corte transversal da clásica dicotomía dos sistemas comparados².

Esta gran división de nova creación concéntrase en dous paradigmas, cada un dos cales está dotado da súa propia “razón práctica”:

a) O paradigma da responsabilidade penal.

b) O paradigma da responsabilidade non penal ou administrativa.

Deste cadro de opcións ou posibilidades nacen, segundo o relator, as experiencias e as dificultades que se desenvolven no ámbito das dúas familias aludidas.

Así, na familia que opta pola responsabilidade non penal³ verifícase unha *criminalización servil* da entidade, consecuencia, en substancia, do coñecido fenómeno consistente na “fraude de etiquetas”.

² *Civil law vs. common law.*

³ Familia á que pertence o Ordenamento italiano, ademais do español.

⁴ Familia representada na actualidade, en particular, polos ordenamentos francés e estadounidense.

Na familia que opta pola responsabilidade penal⁴ observouse a concreción de dous puntos problemáticos principais, que son os relativos ó catálogo de delitos “comisibles colectivamente” e ós criterios de imputación da responsabilidade colectiva.

Respecto da hipótese, Enrico Paliero detívose especificamente nos perfís estruturais e nas aporías dogmáticas do feito xurídico-penal do ente, isto é, a *criterioloxía* da responsabilidade.

Neste sentido, os problemas presentados pola esixencia de crear unha “nova dogmática” da responsabilidade orientada ás persoas xurídicas (“artificiais”), que non se limita xa, polo tanto, ás persoas físicas (“naturais”), son de índole diversa, e en particular dan lugar a tres cuestións:

1. A construción dun modelo autónomo de imputación: a culpabilidade da persoa xurídica.

2. A individualización da esfera dos “autores” persoas físicas, a través da actuación dos cales, o feito se lle imputa directamente á persoa xurídica (o denominado problema do autor exponencial).

3. As relacións entre a responsabilidade colectiva clásica (o concurso de persoas no delito) e a responsabilidade colectiva exponencial (a responsabilidade directa da entidade colectiva).

Por último, e a modo de recapitulación, Enrico Paliero sinalou que a demanda actual vai na dirección de saír do terreo do equívoco e abandonar definitivamente o dogma antihistórico “*societas delinquere non potest*”, para lle aplicar tamén ó ente, cando se converte en reo, as garantías da “*Magna Charta del reo*”, é dicir, do Código penal.

Isto só pode ter lugar, segundo a súa opinión, mediante a construción dunha nova dogmática da responsabilidade penal, orientada exclusivamente sobre o ente, e capaz de resolver de forma político-criminalmente aceptable os tres problemas fundamentais individualizados como hipóteses.

Neste sentido, a visión do tema que da “responsabilidade penal das persoas xurídicas” ten o ordinario coincide en moitos dos seus aspectos coa da profesora García Arán, quen abordou a cuestión de maneira moi semellante a como o fixo o seu colega italiano.

A profesora iniciou a súa exposición cunha problemática de partida baseada na fenomenoloxía e atomización no ámbito das persoas xurídicas, e indicou que é case imposible encontrar responsabilidades individuais.

Segundo o seu criterio, confrontando a actuación das persoas xurídicas cos criterios clásicos do dereito penal chégase á conclusión de que as regras de autoría e participación non serven

porque as actividades executivas e decisivas están individualizadas, e non serven tampouco os fins clásicos da pena (a prevención diríxese a suxeitos individuais).

Así, ante isto caben dúas opcións opostas:

1. Como non se poden incluír nas categorías subxectivas do dereito penal, non se lles pode imputar responsabilidade⁵.

2. Como non se lles pode imputar responsabilidade penal, a imputación debe realizarse por procedementos distintos dos utilizados para as persoas físicas.

Respecto da primeira destas perspectivas, no Código penal existe a regra do "actuar por outro" (artigo 31)⁶, que non ten que ver coa responsabilidade de persoa xurídica. Trátase de buscar unha responsabilidade individual para operar⁷.

⁵ Sistema de orixe romano-xermánica.

⁶ Artigo 31 CP: "O que actúe como administrador de feito ou de dereito dunha persoa xurídica, ou en nome ou representación legal ou voluntaria doutro, responderá persoalmente, aínda que non concorran nel as condicións, cualidades ou relacións que a correspondente figura de delicto ou falta requira para poder ser suxeito activo daquel, se tales circunstancias se dan na entidade ou persoa en nome ou representación da cal obre."

⁷ Aínda que o Código penal anterior contiña, como o de 1995, preceptos illados en relación coa responsabilidade dos que actúan en nome dunha persoa xurídica, carecía dunha regulación xeral, que se introduciu, con inspiración no Código alemán, por Lei orgánica 8/83, do 25/06, mediante o artigo 15 bis, que con lixeiras modificacións lle corresponde ó artigo 31 do actual, que á actuación en nome dunha persoa xurídica une a realizada en nome doutro. A súa incorporación ó código, "non veu en modo ningún a introducir unha regra de responsabilidade obxectiva que tería que actuar indiscriminada e automaticamente, sempre que, probada a existencia dunha conducta delictiva cometida ó abeiro dunha persoa xurídica, non resulte posible averiguar quén ou os que, de entre os seus membros, foron os auténticos responsables da dita conducta, pois iso sería contrario ó dereito á presunción de inocencia e ó propio teor do precepto. O que este persegue, polo contrario, é obvia-la impunidad en que quedarían as actuacións delictivas perpetradas baixo o manto dunha persoa xurídica por membros desta perfectamente individualizables, cando, por tratarse dun delicto especial propio, é dicir, dun delicto, a autoría do cal esixe necesariamente a presenza de certas características, estas unicamente concorreren na persoa xurídica e non nos seus membros integrantes. A introducción do artigo 15 bis CP tivo o sentido de lle conceder cobertura legal á extensión da responsabilidade penal en tales casos, e só neles, ós órganos directivos e representantes legais ou voluntarios da persoa xurídica, pese a non concorrer neles, e si na entidade en nome da cal obraren as especiais características de autor requiridas pola concreta figura delictiva..." (STC 253/93, do 20 de xullo, con cita da STC 150/89).

Tal precepto "contempla o que se denominou "actuacións en nome doutro" e que, polo demais, en adecuada hermenéutica, impón a distinción entre os comportamentos realizados polo órgano da persoa xurídica dos efectuados aproveitando tal condición e a título puramente persoal, utilizando en fraude de lei unha titularidade formal para finalidades desconectadas da simple estrutura da persoa xurídica; por encima de calquera sutileza tanto antes da lei citada en 1983 como agora, cómpre distinguir necesariamente entre delitos cometidos polo ente social (a través naturalmente dos seus órganos) e delitos cometidos utilizando tal condición representativa como simple forma" (STS do 14 de maio de 1991).

Ademais, o actual Código penal inclúe no seu artigo 129⁸ consecuencias accesorias aplicables a persoas xurídicas. Non se trata de penas senón de simples consecuencias accesorias, xa que non responden ás características das penas, e aplícanse só se hai responsabilidade individual.

Por iso a profesora García Aran mantén a opción de que non existe responsabilidade penal para as persoas xurídicas no Código penal.

No referente á segunda perspectiva, que parte do suposto de que se as categorías clásicas non serven para imputarlles responsabilidade ás persoas xurídicas, haberá que buscar outras formas de imputación⁹.

A cuestión é que as persoas xurídicas interveñen en reclamacións económicas e, polo tanto, poden lesionar intereses, pero ó ser distintas das persoas físicas necesitan dun dereito especial. Así, a imputación directa de feitos ás persoas xurídicas é algo innegable en dereito civil e en dereito administrativo, pero en dereito penal non pode ser obxecto de negación xa que o feito de que un acto sexa típico ou non depende simplemente dunha decisión lexislativa (por exemplo, quebra fraudulenta ou infracción administrativa, especialmente as fiscais).

Aínda que os problemas son menores no referente ós compoñentes obxectivos do feito, as dificultades seguen aparecendo nos compoñentes subxectivos.

⁸ Artigo 129 CP: "1. O xuíz ou tribunal, nos supostos previstos neste código, e trala audiencia dos titulares ou dos seus representantes legais, poderá impoñer, motivadamente, as seguintes consecuencias:

a) Clausura da empresa, os seus locais ou establecementos, con carácter temporal ou definitivo. A clausura temporal non poderá exceder de cinco anos.

b) Disolución da sociedade, asociación ou fundación.

c) Suspensión das actividades da sociedade, empresa, fundación ou asociación por un prazo que non poderá exceder de cinco anos.

d) Prohibición de realizar no futuro actividades, operacións mercantís ou negocios da clase daqueles, no exercicio dos cales se cometese, favorecese ou encubrirose o delicto. Esta prohibición poderá ter carácter temporal ou definitivo. Se tivese carácter temporal, o prazo de prohibición non poderá exceder de cinco anos.

e) A intervención da empresa para salvagarda-los dereitos dos traballadores ou dos acredores polo tempo necesario e sen que exceda dun prazo máximo de cinco anos.

2. A clausura temporal prevista no subapartado a) e a suspensión sinalada no subapartado c) do apartado anterior, poderaas acordar o xuíz instructor tamén durante a tramitación da causa.

3. As consecuencias accesorias previstas neste artigo estarán orientadas a prever a continuidade na actividade delictiva e os efectos desta.

⁹ Mostras desta tendencia son a Recomendación do ano 1988 do Consello de Ministros de Europa e o Código penal francés (as persoas xurídicas son responsables xuridicamente).

A influencia recíproca entre dereito penal e dereito administrativo queda patente na STC do 19 de decembro de 1991, sobre culpabilidade das persoas xurídicas no ámbito administrativo. Nesta sentenza o Alto Tribunal fai un esforzo por aplicarles conceptos penais (capacidade de infracción) ás persoas xurídicas no marco do dereito administrativo. Trátase dunha capacidade de infracción obxectiva, non subxectiva, e que isto é así demostrano as expresións ás que recorre o Tribunal Constitucional sobre os reproches que fundamenta en elementos obxectivos.

Esta segunda liña argumental é a seguida pola doutrina actual, que adecúa as teorías clásicas á realidade.

A opinión da profesora García Arán é a de que nos atopamos ante un proceso que está en marcha. Segundo o seu entender, é posible imputarlles feitos ás persoas xurídicas pero hai que levarlo a cabo a través de formas distintas a como o fai o dereito penal tradicional. Esas formas están máis preto do dereito administrativo, o que se demostra na influencia recíproca á que alude a sentenza mencionada.

Agora ben, cabería preguntarse se nos encontramos ante un caso de responsabilidade penal. Para a relatora tal interrogante non ten solución ningunha pois levaríanos a un inevitable círculo vicioso. Así, segundo o seu criterio, é dereito penal porque se trata dun novo dereito penal que se está construíndo agora, todo depende do concepto de responsabilidade penal que se estea utilizando. Trátase dunha cuestión eminentemente terminolóxica. É un novo dereito penal próximo ó dereito administrativo, polo menos na súa estrutura, e é unha nova expresión dun fenómeno novidoso que consiste na perda da fronteira entre o dereito penal e o dereito administrativo.

Na xornada do 21 de abril Vincenzo Militello, profesor asociado de dereito penal da Universidade de Palermo, e Miguel Bajo Fernández, catedrático de dereito penal da Universidade de Alacante, afondaron nun dos temas nucleares do congreso que foi o da "Responsabilidade penal nos grupos de empresas".

Na súa intervención, Vincenzo Militello deixou claro dende o principio que dende as primeiras investigacións penalísticas do fenómeno dos grupos se veu individualizando a duplicidade fundamental dos seus ámbitos de relevancia, tanto como posible marco de ilícitos, como, pola contra, como posible marco de licitude. Neste sentido, tal dobre encadramento mostrouse insuficiente para abarcar por completo as diversas formas de emerxión penal dos grupos, como demostra de forma particularmente clara o específico recoñecemento deles como posibles

víctimas de ilícitos; sen embargo, a necesidade de enriquece-lo mencionado cadro non diminúe o seu valor como base imprescindible para calquera investigación sobre a materia.

Aínda hoxe, segundo o relator, no ordenamento italiano, como nalgúns outros países occidentais, falta un estatuto xeral dos grupos, entendido como sistema-marco que sistematice e regule de modo coherente e exhaustivo os diversos perfís societarios, fiscais, xurídico-laborais e penais referibles ós grupos. Non obstante, dende hai algún tempo agroman no ámbito normativo partes cada vez máis importantes desta realidade, e iso con referencia non só a normas de relevancia penal directa, nas cales aparecen como evidentes as necesidades de tutela conexas ás agrupacións empresariais e ás súas actividades correspondentes, senón tamén en relación cun círculo máis vasto de normas nas cales as actividades do grupo reclaman unha disciplina xa no plano administrativo.

Existe a necesidade de acomoda-lo recoñecemento fundamental do fenómeno examinado como expresión da liberdade de iniciativa económica, e ademais en moitos casos como factores de racionalización do mercado, cos riscos que comporta para estes últimos bens e para outros de relevancia aínda maior, que por iso son expresamente sinalados como límites á propia liberdade de iniciativa económica polo artigo 41, alínea 2, da Constitución italiana.

Para Vincenzo Militello un exemplo interesante do modo en que este equilibrio se regula positivamente, ofréceo o artigo 6, número 1, letra h, do Decreto legislativo do 23 de xullo de 1996, número 415, sobre os servicios de investimento mobiliario ("*Eurosim*")¹⁰. Entre as condicións necesarias para obter a autorización para o exercicio dos servicios de investimento mobiliaria requírese expresamente que "a estrutura do grupo do cal é parte a SIM¹¹ non prexudique o efectivo exercicio da vixilancia sobre a propia sociedade". A norma deixa translucir nitidamente que a concreta articulación da estrutura do grupo pode obstaculizar as actividades de vixilancia confiadas ás autoridades competentes¹².

Por outra parte, que o grupo poida funcionar como "factor de ocultación" das realidades económicas agregadas e dos correspondentes casos é un dato que dende hai tempo se tivo en conta no ámbito normativo: non por casualidade un dos sectores nos que se advertiu antes e con maior intensidade a esixencia de "levanta-lo velo da persoa xurídica", de transcende-los compartimentos estancos entre as diversas sociedades do grupo, é a materia da información societaria, coas obrigas conexas de re-

¹⁰ O Decreto *Eurosim* privatizou en Italia o acceso ó mercado dos instrumentos financeiros, e liberalizou o acceso a tal mercado por parte dos intermediarios comunitarios, consentindo que os bancos desenvolvesen unha actividade de xestión de sumas pecuniarias, recoñecida antes só ás sociedades de intermediación mobiliaria. Esta intervención, sen embargo, superpuxérase sobre a lexislación preexistente, dando así lugar á conformación dun cadro normativo non homoxéneo, que reclamaba un maior grao de coordinación e de racionalización. Este foi o principal obxectivo do Decreto legislativo número 58 do 24 de febreiro de 1998.

¹¹ Sociedade de Investimento Mobiliario.

¹² Entre outras, CONSOB (nota do traductor: equivalente italiano da nosa Comisión Nacional do Mercado de Valores -CNMV-) e Banco de Italia.

dación de balances consolidados, co fin de asegurar unha maior "transparencia". Pola súa vez, a realización de tales intereses, necesarios para o correcto funcionamento dun mercado de valores mobiliarios, recibe tutela penal no artigo 2621 do Código civil (CC) italiano, tamén respecto dos mencionados documentos contables específicos do grupo, que están comprendidos entre as outras comunicacións sociais que conteñen informacións sobre as condicións económicas da sociedade¹³.

O grupo pode aparecer tamén como "factor de coñecemento". E, posto que o coñecemento é un aspecto do poder, especialmente nunha "sociedade da información" como a actual, a última proposición podería ser transformada noutra, de contido substancialmente equivalente: o grupo como "factor de poder", que, de acordo co relator, quizais sexa máis adecuada para poñer de manifesto a lexitimidade dunha regulación coidada do mesmo, nos casos máis graves incluso coa intervención do arsenal penal.

Na súa opinión, non se debe entender que con tal recoñecemento se está incorrendo nunha especie de contradición co papel *supra* sinalado do grupo como factor de ocultación, tratándose máis ben de dous aspectos que poden considerarse complementarios: ó exterior, a complexidade do grupo xera unha dificultade de individualiza-las relacións entre as actividades das diversas sociedades agregadas; ó interior, unha posición de vértice permite, en cambio, unha posición cognoscitiva privilexiada en relación coas actividades dos diversos suxeitos controlados.

Sen prexuízo do exposto ata o momento, Vincenzo Militello entende que, máis que da análise dos datos normativos menos recentes, non sempre adecuados ás novas formas de agresión a bens xurídicos correspondentes á afirmación dos grupos como protagonistas do actual escenario económico, as reais capacidades criminais que se desenvolven no interior do grupo poden emerxer mellor á luz da experiencia xurisprudencial.

Así, a xurisprudencia penal italiana en materia de delitos cometidos por grupos de empresa representa o punto de partida máis fructífero se se desexa supera-lo atraso da reflexión criminolóxica sobre o tema. Os anos noventa foron os que contemplaron unha emersión xeneralizada en sede xurisprudencial de actividades ilícitas conectadas con estruturas grupais. Mentres que ata os anos setenta a ausencia de pronunciamentos xurisprudenciais significativos obrigaba a quedar na simple conxectura cando se trataba o tema da criminalidade nos grupos de empresa, a enorme cantidade de material actualmente dispoñible esixe unha certa selección e un encadramento adecuado.

¹³ Ulteriores e significativas confirmacións do dato indicado encóntranse tamén en sectores máis limitados, como, por exemplo, o das participacións relativas a entes crediticios.

Se se considera a fase extintiva como aquela na que se produciu a emerxión máis ampla da criminalidade relacionada cos grupos, a existencia de relacións entre diversas sociedades en situacións de quebra ou crise económica pode ter aspectos penais; en particular, a xurisprudencia reconece que a política de grupo, entendida como actividade de dirección e de coordinación, pode comportar que os eventuais feitos de bancarrota cometidos en relación coas singulares sociedades do grupo sexan reunidas a través dunha relación de continuidade. E unha forma interesante de "escurecemento" da situación real, que era de insolvencia substancial, foi revelada nun suposto análogo de dominio absoluto de sociedades que se aproveitou para obter novos créditos, presentándose en cada caso como un suxeito formalmente distinto daquel que antes obtivera xa un financiamento similar. No ámbito dos delitos de insolvencia punible agroman, ademais, hipóteses nas que os abusos se ocultan mellor nunha concreta xestión patrimonial: trátase dos casos en que os administradores dunha sociedade dispoñen dos bens da mesma a favor doutra sociedade pertencente ó mesmo grupo. Nestes supostos, a ausencia de contrapartidas serias e a expresa previsión da conducta de distracción entre as que integran o tipo de bancarrota conduciron claramente a reconece-la ilicitude de tales prácticas, sempre que as sociedades administradas fosen declaradas en quebra.

Se non se produciu a quebra, as condutas deste tipo asumen no ordenamento italiano un relevo moito máis problemático: entre a represión do conflito de intereses en materia societaria e a incriminación clásica da apropiación indebida queda un amplo espazo para os máis variados traslados da riqueza no seo dun grupo.

As condutas relativas artículanse nun amplo abano que, segundo Vincenzo Militello, non é facilmente abarcable en tódolos seus posibles aspectos concretos: dende condicións de favor para empresas do grupo en relación con operacións de adquisición de bens ou servizos ou de concesión de garantías ou financiamento, que serían máis lucrativas se se efectuaran nas condicións normais do mercado, ata casos nos que os bens se ceden sen ningunha contraprestación; incluso se pasa das transferencias só ficticias de elementos patrimoniais, para obter beneficios¹⁴ ou para evitar cargas fiscais ou situacións de insolvencia dunha das sociedades do grupo, á xestión polos administradores da sociedade controlante de sumas ocultas pertencentes ás sociedades controladas.

A indubidable gravidade substancial de tales prácticas e o

¹⁴ Tales como o financiamento bancario ou a admisión a concursos públicos.

papel central que tiveron na consolidación progresiva do carácter sistémico da corrupción italiana non debe facer esquecer a necesidade de respecta-los límites de ilicitude sinalados polas normas penais vixentes.

Así, a modo de conclusión, Vincenzo Militello sinalou que ós novos interrogantes que formula o fenómeno dos grupos sobre o plano dunha tutela penal moderna hai que responder con pleno coñecemento do notable potencial criminolóxico que supoñen, pero sen traspasa-lo limiar de licitude dos ditos comportamentos.

A continuación, o profesor Bajo Fernández, que foi presentado por Inma Valeije Álvarez, profesora de dereito penal da Universidade da Coruña, como "o pai do dereito penal económico en España", afirmación que deixa moi ás claras a relevancia e transcendencia da súa figura no campo do dereito penal español, comezou a súa exposición manifestando que cando no noso país un estudioso se achega á cuestión da "responsabilidade penal nos grupos de empresas" a súa primeira impresión é que se trata dun tema que non é suxestivo *per se*, que non supón un problema, nin constitúe unha figura delictiva, senón que só suxire un ámbito de intervención.

Primeiramente detívose na ampla problemática que orixina a actividade delictiva dos grupos de empresas. Para o profesor Bajo Fernández "grupos de empresas" son un conxunto de grupos empresariais con personalidade xurídica, é dicir, múltiples persoas xurídicas (suxeitos de dereito) nunha única unidade económica¹⁵. Este concepto comparouno graficamente o relator como o "conxunto de cereixas que colgan dunha personalidade xurídica nai"¹⁶.

Estes grupos de empresas provocaron nas últimas décadas unha xurisprudencia penal notable, suficiente para soste que as súas actividades non escapan na actualidade ó Código penal (principio xurisprudencial actual).

Bajo Fernández referiuse tamén ó concepto de "caixa chinesa", que xa utilizara Vincenzo Militello na súa exposición, describíndoo como unha "manobra de ocultación que trata de agocha-lo becho dentro da caixa"; noutras palabras, "que o becho non se descubra por aburrimiento e quede libre de responsabilidade". Con estas expresións o profesor Bajo Fernández explicou metafóricamente o obxecto de creación de moitos dos grupos de empresas existentes, posto que en moitos destes casos o que se pretende é agocha-lo feito delictivo e o delincuente ("o becho") dentro da nebulosa que supón a estrutura do grupo de empresas ("a caixa").

¹⁵ En linguaxe coloquial o concepto de "grupo de empresas" é o que comunmente se entende por *holding*.

¹⁶ As SSTs do 30 de decembro e 29 de maio de 1995 estableceron xurisprudencialmente o concepto de "grupo de empresas". Se ben na primeira delas se describiu un concepto bastante difuso, na segunda o Tribunal Supremo estableceu unha definición concreta, e así sinalou que para que exista "grupo de empresas" é necesaria a concorrencia dunha serie de requisitos: unidade de dirección, unidade económica e que o traballador prestase servizos para as empresas que conforman o grupo de forma sucesiva ou simultánea.

Seguindo esta liña de descrición de conceptos, o relator definiu a expresión “enxeñería financeira” como a construción dun conxunto de empresas vinculadas entre si que se colgan unhas das outras co obxectivo de oculta-la persoa física detrás dese corpo con personalidade xurídica denominado “grupo de empresas”.

Os conceptos descritos supoñen intrinsecamente unha serie de problemas que o profesor Bajo Fernández dividiu en tres:

1. A dificultade de localiza-lo autor do ilícito, posto que a armazón que constitúe o grupo de empresas se crea para ocultalo.

2. Cando existen restriccións públicas á actividade, estas convértense en condicións non rendibles. En palabras do profesor, e retomando o símil por el utilizado, “a última cereixa lúcrase a favor de todo o grupo”; por iso o problema está en encontra-la sociedade correspondente.

3. O grupo de empresas que se crea para realizar operacións que enriquecen os seus directivos habitualmente oculta manobras con aparencia de licitude. No fondo están cometendo auténticos delitos fiscais contra a Facenda Pública.

Por outra parte, o sistema xurídico-económico presenta, en certo modo, unha construción “esquizofrénica”: dende unha persecución hostil representada polas bolsas de fraude fiscal, déixanselles, por outro lado, bolsas de protección ós autores destas actividades delictivas. Así, o relator non se explica cómo existen en Europa “paraísos fiscais”¹⁷, o manexo pola Facenda Pública dos balances consolidados (a súa concesión ou non), ou cómo os sindicatos ou os partidos políticos non contribúen ó gasto público. Tendo presente isto, resulta estraño que logo se pretendan perseguir con tanto tesón os delitos fiscais dos grupos de empresas.

No outro lado da balanza, existen mecanismos de loita contra os delitos fiscais dos grupos de empresas, como os instrumentos utilizados pola Comisión Nacional do Mercado de Valores (CNMV), que existe, en determinadas circunstancias, que se lle comuniquen os datos das persoas físicas que compran ou venden accións en certos momentos (mecanismo que a doutrina denomina como de “levantamento do velo”¹⁸), ou a prohibición da autocarteira de máis do cinco por cento¹⁹.

Por último, e en referencia ó Código penal de 1995, o profesor Bajo Fernández sinalou que se excede na punidade e no castigo dos delitos económicos, e pon como exemplo o artigo 285²⁰. Así, de acordo co seu criterio, quizais o dereito penal non sexa o instrumento máis idóneo para intervir nos proble-

¹⁷ En España pódense sinalar como auténticos “paraísos fiscais” os casos de Andorra e Xibraltar.

¹⁸ A doutrina do “levantamento do velo” nace no dereito mercantil, e úsase tamén no dereito laboral e no dereito penal. Vid., BOLDO RODA, Carmen, *Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español*, 2ª Edición, Editorial Aranzadi, Carlos III, Pamplona, 1997.

¹⁹ Prohibición orientada a clarifica-la actividade mercantil, para evitarlle prexuízos á Facenda Pública.

²⁰ Artigo 285 CP: “Quen de forma directa ou por persoa interposta usare algunha información relevante para a cotización de calquera clase de valores ou de instrumentos negociados nalgún mercado organizado, oficial ou recoñecido, á que tivese acceso reservado con ocasión do exercicio da súa actividade profesional ou empresarial, ou a subministrare obtendo para si ou para un terceiro un beneficio económico superior a setenta e cinco millóns de pesetas ou causando un prexuízo de idéntica cantidade, será castigado coa pena de prisión dun a catro anos e multa de tanto ó triplo do beneficio obtido ou favorecido”.

mas que se derivan dos grupos de empresas, que en España xa estarían suficientemente protexidos cos tipos tradicionais, sendo os novos innecesarios.

Na terceira das sesións coas que contou o congreso foron obxecto de estudio os "delictos societarios", a través de dúas leccións maxistras impartidas polo *ricercatore* de dereito penal da Universidade de Catania, Luigi Foffani, e polo catedrático de dereito penal da Universidade de Alacante, Bernardo del Rosal Blasco.

Para Luigi Foffani actualmente o dereito penal societario deixou de ser un corpo normativo inerte, para mostrarse, polo contrario, vivo e vital, en particular en relación coa aplicación xurisprudencial. E, se é certo que semellante vitalidade alcanza soamente un número limitado de tipos penais, iso só evidencia que as funcións de tutela de tal sector normativo as pode cumprir un grupo seleccionado de figuras delictivas, debidamente reconsideradas en canto ó seu contido lesivo e en canto á súa efectiva resposta a fenómenos patolóxicos manifestados na praxe societaria.

Dun tempo a esta parte aumentou o grao de coñecemento da materia por parte dos órganos chamados a aplicala e por parte da opinión pública. Un factor importante que se debe ter en consideración, dende esta perspectiva, é o do nacemento, xunto ó tradicional núcleo de delictos societarios, dun novo dereito penal dos *mercados financeiros*.

Sobre os contidos da materia penal societaria descrita polo lexislador italiano, aparece como evidente o papel central do tipo incriminador das *falsidades nos balances e nas comunicacións sociais*, previsto polo artigo 2621, número 1, do CC italiano. Este tipo veu pouco a pouco emancipándose dos orixinais confíns hermenéuticos, que mostran unha inusitada vocación expansiva, así como unha especial capacidade de adaptación ás mutacións do contexto normativo e institucional de referencia.

De acordo con Luigi Foffani, nos últimos tempos existe unha tendencial e silenciosa recondución da ilicitude penal cara á ilicitude civil do balance. Unha tendencia que sufriu unha ulterior acentuación coa adecuación da disciplina do balance de exercicio ás prescricións comunitarias²¹, que conduciu á codificación dos "principios de redacción do balance" (artigo 2423 bis CC italiano) e á afirmación do criterio guía da "representación veraz e correcta" (artigo 2423 CC italiano).

Así, o novo cadro normativo italiano parece favorecer unha progresiva e sensible aproximación entre as medidas de valoración penalística e civilística do balance: unha situación que, por

²¹ D. legs. 127/1991.

unha parte, evita o risco de incongruentes diverxencias entre tutela penal e civil, pero que, por outra parte, debe impulsa-lo intérprete a volver delimitar para o tipo incriminador un espacio autónomo e exclusivo de valoración.

Neste punto o relator aventurouse, segundo as súas propias palabras, a establecer unha telegráfica confrontación co correspondente tipo español de falsidade en balance, e deixaba subliñado que, respecto do modelo italiano, o adoptado polo lexislador español distínguese pola busca dunha capacidade ofensiva máis notable sobre o terreo económico-patrimonial. O proceso de "desmaterialización" e "institucionalización" do obxecto de tutela, que levou á doutrina italiana, seguindo o modelo da alemana, a elevar ó rango de ben penalmente protexido o interese supraindividual na veracidade e na totalidade dos balances e da información societaria en xeral²², encontra no código español unha certa redimensión: a punibilidade vincúlase á verificación dunha "idoneidade para causar un prexuízo económico", coa previsión dunha agravación da pena cando tal prexuízo se causase efectivamente.

Por outra parte, se a tutela da información societaria representa hoxe, en Italia, o "motor propulsor" da intervención penal en materia de dereito de sociedades, o grupo de incriminacións máis conspicuo de todo o sector é, sen embargo, o relativo á "salvagarda do capital social e das reservas dispoñibles". A tutela deste ben xurídico representou sempre, segundo Luigi Foffani, un dos principais filóns de intervención do lexislador penal societario italiano; e hoxe éo aínda máis, debido á influencia de numerosas directivas comunitarias²³, que estableceron o reforzamento de tal tutela xurídica como un dos puntos principais do proceso de harmonización da normativa societaria a escala europea²⁴.

A tutela do capital social artículase en dous momentos, lóxica e conceptualmente distintos: na "fase xenética do capital"²⁵ trátase de garanti-la "efectividade" do capital, é dicir, a súa inicial correspondencia co valor real das achegas; na sucesiva "fase do exercicio da xestión social" imponse a ulterior esixencia de mante-la "integridade" do capital social (e das reservas obrigatorias).

A tutela na fase xenética tradúcese, para a sociedade de capital, na garantía da efectividade das achegas dos socios: tómase en consideración, ante todo, o tipo que incrimina a emisión de accións ou a atribución de cotas por unha suma inferior ó seu valor nominal, así como a emisión de novas accións ou a atribución de novas cotas antes da integral liberación das que foron subs-

²² Cfr., por todos, TIEDEMANN, PEDRAZZI.

²³ Sobre todo a partir da II Directiva Comunitaria do 13 de decembro de 1976.

²⁴ Cfr., sobre este punto en particular, PEDRAZZI.

²⁵ O que Luigi Foffani entende como "fase xenética do capital" é a que se corresponde co momento da constitución ou transformación da sociedade e do aumento do capital social.

critas anteriormente (artigo 2630, parágrafo primeiro, número 1, CC italiano).

Ás achegas en especie, e ós enganos que estas poden presentar co perfil da garantía da efectividade do capital social, dedícase o tipo que incrimina a fraudulenta sobrevaloración dos bens en especie conferidos á sociedade ou daqueles bens que a sociedade adquirira dos propios socios ou administradores (artigo 2629 CC italiano).

Outros tipos incriminan a violación da prohibición de subscripción das accións ou cotas propias por parte da sociedade emitente, ou ben das accións ou cotas da sociedade controlante por parte da sociedade controlada (artigo 2630 bis CC italiano).

Co fin de salvagarda-la integridade do capital social na sucesiva fase do exercicio da xestión social, o lexislador italiano no seu Código civil procede a castigar con sancións penais, no seu particular, comportamentos como a indebida restitución das achegas ou a liberación dos socios da obriga de realizalas, exceptuando o caso de redución de capital (artigo 2623, número 1); a ilegal repartición dos beneficios ou dos dividendos en conta (artigo 2621, números 2 e 3); as manobras indebidas sobre as accións ou cotas propias por parte da sociedade emitente e dos cruzamentos de capital entre sociedade controlante e controlada (artigo 2630, parágrafo primeiro, número 2, e parágrafo segundo, número 4); a irregularidade no procedemento de redución do capital, fusión e escisión da sociedade (artigo 2623, número 1).

Neste ámbito, e sen entrar na análise das concretas figuras delictivas, Luigi Foffani resaltou a radical diverxencia das opcións político-criminais acollidas respectivamente polo lexislador italiano e polo español, por causa da necesidade de intervir penalmente para tutela-la efectividade e a integridade do capital social. Na definición do contido da materia penal societaria, este é para o relator o punto de maior diverxencia entre os dous ordenamentos.

A esixencia de salvagarda do capital social e das reservas indispoñibles non é completamente estraña ó ordenamento español²⁶, pero lévase a cabo esencialmente a través dos instrumentos sancionadores administrativos; podería recorrerse ás sancións penais só cando a lesión da integridade do capital social se realizase a través dun abuso dos bens sociais con prexuízo inmediato dos socios ou dos outros suxeitos pasivos mencionados no artigo 295 do CP español²⁷, a norma incriminadora da "administración desleal ou fraudulenta" do patrimonio social. Sen embargo, hipótese como a repartición dos beneficios

²⁶ Como ó résto dos ordenamentos, ó español impónselle polas directivas comunitarias.

²⁷ Os administradores de feito ou de dereito ou os socios de calquera sociedade constituída ou en formación, que en beneficio propio ou dun terceiro, con abuso das funcións propias do seu cargo, dispoñan fraudulentemente dos bens da sociedade ou contraían obrigas a cargo desta que lles causen directamente un prexuízo economicamente avaliable ós seus socios, depositarios, contapartícipes ou titulares dos bens, valores ou capital que administren, serán castigados coa pena de prisión de seis meses a catro anos, ou multa do tanto ó triplo do beneficio obtido.

ficticios ou a adquisición de accións propias con sumas solicitadas dos fondos sociais indispoñibles, mentres que danan directamente a garantía dos acredores, non agriden necesariamente nin o interese da sociedade, nin o dos socios singulares, os cales poderían resultar beneficiados pola operación ilícita, mentres que os acredores sociais, por outra parte, non figuran no círculo dos titulares dos intereses protexidos polo tipo de "administración infiel" introducido polo novo Código penal español.

Seguidamente, e respecto da regulación dos delitos societarios no dereito español, o profesor Bernardo del Rosal sinalou que tales delitos constitúen a novísima estrela do Código penal de 1995, respondendo ó criterio maioritario da doutrina sobre a necesidade político-criminal de tal tipificación. Segundo a súa opinión, o lexislador español incorreu en erros, decantándose pola codificación en contra da postura mantida por outros países. Así, del Rosal defende que a eficacia dun delito non depende da súa inclusión en lei xeral ou en lei especial, senón da persecución que pola Axencia Estatal se faga dos mesmos.

En canto á natureza dos delitos societarios, o lexislador español outórgalles unha natureza confusa: declara taxativamente que a través destes delitos se pretenden protexer dos bens xurídicos diferentes: patrimoniais (individuais) e socio-económicos (colectivos). Ó seren dous bens xurídicos tan distintos a tipificación dos delitos contra tales bens resulta moi complicada²⁸.

Despois de referirse a estas cuestións de carácter máis xenérico, o profesor Bernardo del Rosal desenvolveu especificamente os tipos de delitos societarios contemplados no Código penal español:

O artigo 290 establece que "os administradores, de feito ou de dereito, dunha sociedade constituída ou en formación, que falsearen as contas anuais ou outros documentos que deban reflectir a situación xurídica ou económica da entidade, de forma idónea para causar un prexuízo económico á mesma, a algúns dos seus socios, ou a un terceiro, serán castigados coa pena de prisión dun a tres anos e multa de seis a doce meses.

Se se chegare a causa-lo prexuízo económico imporanse as penas na súa metade superior".

O relator considera que existe consenso ó entender que este precepto supón un reforzo das esixencias de veracidade e transparencia. Así mesmo, sobre o ben xurídico protexido polo artigo, entende que protexe intereses diversos, tales como os destinatarios da información social e os intereses patrimoniais de sociedades, socios e terceiros.

²⁸ Como exemplo desta problemática, para a aplicación da agravante de reincidencia habería que coñecer se os dous delitos posúen a mesma natureza; e o mesmo respecto dos problemas de carácter concursal.

A continuación referiuse ós artigos 291 e 292, que considerou como dous dos preceptos de maior inutilidade. Segundo estes preceptos, “os que, prevaléndose da súa situación maioritaria na Xunta de Accionistas ou no órgano de administración de calquera sociedade constituída ou en formación, impuxeren acordos abusivos, con ánimo de lucro propio ou alleo, en prexuízo dos demais socios, e sen que lle reporten beneficios á mesma, serán castigados coa pena de prisión de seis meses a tres anos ou multa do tanto ó triplo do beneficio obtido” (artigo 291); “a mesma pena do artigo anterior imporáselles ós que impuxeren ou se aproveitaren para si ou para un terceiro, en prexuízo da sociedade ou dalgún dos seus socios, dun acordo lesivo adoptado por unha maioría ficticia, obtida por abuso de sinatura en branco, por atribución indebida do dereito de voto ós que legalmente carezan del, por negación ilícita do exercicio deste dereito ós que o teñan recoñecido pola lei, ou por calquera outro medio ou procedemento semellante, e sen prexuízo de castiga-lo feito como corresponde se constituíse outro delito” (artigo 292).

O artigo 293 protexe os dereitos do socio recoñecidos na 4ª Directiva Comunitaria: “Os administradores de feito ou de dereito de calquera sociedade constituída ou en formación, que sen causa legal lle negaren ou impediren a un socio o exercicio dos dereitos de información, participación na xestión ou control da actividade social, ou subscrición preferente de accións recoñecidas polas leis, serán castigados coa pena de multa de seis a doce meses”. Este precepto, de amplísima aplicación, será de maior tratamento no futuro, segundo o relator.

O artigo 294 contempla o único delito autenticamente socio-económico: “Os que, como administradores de feito ou de dereito de calquera sociedade constituída ou en formación, sometida ou que actúe en mercados suxeitos a supervisión administrativa, negaren ou impediren a actuación das persoas, órganos ou entidades inspectoras ou supervisoras, serán castigados coa pena de prisión de seis meses a tres anos ou multa de doce a vintecatro meses.

Ademais das penas previstas no parágrafo anterior, a autoridade xudicial poderá decretar algunhas das medidas previstas no artigo 129 deste código”.

Pola súa parte, o artigo 295 regula o delito de Administración fraudulenta. De acordo co profesor Bernardo del Rosal, trátase dun precepto inzado de erros dende o punto de vista técnico. Así, criticou a súa restricción ó ámbito en que se aplica, só ás sociedades anónimas, o que para el supón unha serie de pro-

blemas. Neste sentido, segundo o seu parecer, o precepto inclúe o prexuízo á sociedade, non só ós socios; dentro del protéxense intereses patrimoniais alleos á sociedade e ós socios; e no mesmo non se inclúen os negocios de risco.

A modo de recapitulación, o profesor Bernardo del Rosal, a pesar do mantido ó inicio do seu relatorio, considerou beneficiosa a regulación dos delitos societarios por parte do lexislador, aínda que tecnicamente sexan preceptos que en breve necesitarán reforma, posto que en certos supostos suporán unha intervención penal excesiva e noutros a dita intervención será case inexistente.

A xornada do día 23 de abril tivo como tema de fondo a “Protección penal do mercado financeiro”, aspecto que desenvolveu Sergio Seminara, ordinario de dereito penal económico da Universidade de Pavía, e Juan Terradillos Basoco, catedrático de dereito penal da Universidade de Cádiz.

Sergio Seminara centrou a súa intervención no “texto único das disposicións en materia financeira” (Decreto lexislativo número 58, do 24 de febreiro de 1998), que modificou profundamente a normativa italiana de referencia, incluída a materia penal²⁹.

Sen entrar nas específicas novidades introducidas polo novo texto único, o relator limitouse a poñer de manifesto que ese reflicte de forma máis clara e evidente a vontade lexislativa de regula-lo mercado dos instrumentos financeiros, no entendemento de que este –nunha economía integrada no ámbito europeo– debe desenvolverse do modo máis eficaz posible, tanto para garanti-la estabilidade das institucións nacionais, como para resistir adecuadamente a concorrencia internacional.

Con respecto ós contidos do novo texto único en materia sancionadora, Sergio Seminara subliñou a ampla presenza de sancións pecuniarias de natureza administrativa. Esta opción lexislativa constitúe unha imposición da Lei delegataria do 6 de febreiro de 1996, número 52, que permitía o recurso ás sancións penais só para conductas lesivas de rango especialmente elevado, e admitía para o resto exclusivamente sancións pecuniarias de natureza administrativa cun límite de arredor de vinte millóns de pesetas.

Estas sancións imponas o ministro do Tesouro por proposta da CONSOB ou da Banca de Italia, as cales proceden tamén á fixación dos feitos e á valoración das alegacións presentadas.

Outra característica significativa da nova normativa á que aludiu o ordinario constitúe a natureza simplemente sancionadora de numerosos tipos³⁰, é dicir, que resulta sancionada a

²⁹ Unha reforma verdadeiramente revolucionaria introducírase xa en Italia co Decreto *Eurosim*.

³⁰ Entre os cales se encontran aqueles que prevén sancións pecuniarias de natureza administrativa.

simple inobservancia das obrigas ou prohibicións impostas por outras normas. Sen embargo, numerosas obrigas e prohibicións están formuladas de modo excesivamente xenérico e remiten a unha integración futura por medio de posteriores regulamentos emanados da CONSOB.

Sergio Seminara referiuse a continuación á tutela da información no mercado financeiro contemplada polo novo texto único, para o que distinguíu entre a conducta dos intermediarios, os emitentes e outros suxeitos.

Polo que afecta ós intermediarios, existe un interese público no control da súa composición e da súa actividade. Este control pretende non só preservar-lo interese económico dos investidores que puxeron a súa confianza nos intermediarios do mercado, senón tamén trata de evitar conductas de branqueo de capitais ou outras conductas ilícitas conexas.

Para que a CONSOB poida levar a cabo o seu labor de vixilancia, prevese unha comunicación obrigatoria para quen pretenda adquirir ou ceder, ou modificar de calquera forma, unha participación cualificada no capital dun intermediario; prevese ademais que a CONSOB poida pedir-lles ós intermediarios información respecto dos seus socios. A falsidade destas comunicacións sanciónase no artigo 169 con penas de prisión de seis meses a tres anos e multa de dez a cen millóns de liras.

O tipo penal máis significativo respecto disto é, non obstante, o contido no artigo 171.1, o cal ameaza cunha pena de prisión dun a cinco anos e multa de dous a vinte millóns de liras os dirixentes de "suxeitos habilitados para levar a cabo actividades de investimento" que, nas comunicacións presentadas ó Banco de Italia ou á CONSOB, "co fin de obstaculiza-lo exercicio das funcións de vixilancia", expoñan feitos que non respondan á verdade, acerca das condicións económicas dos ditos suxeitos ou sobre as actividades realizadas por conta dos investidores, ou ben gochan feitos que deberían comunicar.

O artigo 117.2 sanciona con pena de prisión de ata un ano e multa de vinte cinco a cen millóns de liras os mesmos suxeitos que, fóra dos casos previstos no número 1, obstaculicen as funcións de vixilancia.

Trasladándonos ó plano das ofertas de investimento do aforo público, Sergio Seminara sinalou que se produce unha ampliación da tutela da información, no sentido de que comprende tanto as comunicacións á CONSOB como as comunicacións ó público.

Respecto das primeiras, o artigo 174.2 establece que, fóra dos casos incluídos no número 1, os dirixentes das sociedades

emisoras que obstaculicen o exercicio das funcións da CONSOB serán sancionados con pena de prisión de seis meses a tres anos e multa de vinte e cinco a cen millóns de liras: unha sanción máis grave, polo tanto, cá prevista no artigo 171.2.

O artigo 174.1 castiga con pena case idéntica (prisión de seis meses a tres anos e multa de dez a cen millóns de liras) o feito de facer constar informacións falsas no prospecto enviado á CONSOB relativo a unha futura oferta pública de investimento ou de adquisición ou troco, no prospecto relativo a unha futura cotización da sociedade, nas comunicacións enviadas á CONSOB por petición súa ou sobre a base de obrigas establecidas con carácter xeral, ou nas comunicacións ó público realizadas polas sociedades emisoras sobre feitos relativos a elas mesmas e idóneas, coa súa publicación, para influír sensiblemente sobre o prezo dos instrumentos financeiros.

Por último, o artigo 181 sanciona con pena de prisión de ata tres anos e multa dun a cincuenta millóns de liras “a quen divulgue noticias falsas, esaxeradas ou tendenciosas, ou ben realice operacións simuladas ou outros artificios idóneos para provocar unha sensible alteración do prezo dos instrumentos financeiros ou a alteración dun mercado activo destes”.

Outros dous tipos penais que mereceron a atención por parte do relator foron a Administración infiel e a confusión de patrimonios, ambas sancionadas con pena de prisión de seis meses a tres anos e multa de dez a douscentos millóns de liras.

A primeira –prevista no artigo 167– sanciona a quen, durante o desenvolvemento de servizos de investimento, con violación das normas sobre conflito de intereses, realice unha operación que lles cause un dano ós investidores co fin de lograr para si ou para outro un beneficio inxusto. A norma aseméllase bastante ó artigo 295 do CP español, pero, a diferenza deste, que se dirixe a suxeitos encargados da xestión social, o artigo 167 vale exclusivamente no ámbito da intermediación financeira, sen que exista un tipo correspondente nos delitos societarios.

O segundo tipo –previsto no artigo 168– sanciona, sen embargo, a quen, durante o desenvolvemento de servizos de investimento, co fin de procurar para si ou para outros un beneficio inxusto, non mantén o diñeiro ou os instrumentos financeiros dos seus clientes como patrimonio distinto do seu e dos demais clientes. A punibilidade do feito subordínase, non obstante, á interposición dunha denuncia por parte dos investidores.

Por último, dedícaselle un apartado á disciplina do *insider trading*, que o novo texto único procedeu a reformular de maneira

máis restrinxida en comparación coa lei anteriormente vixente. Sobre a base do artigo 180, sanciónase coa pena de prisión de ata dous anos e multa de vinte a seiscentos millóns de liras, por unha parte, a quen, estando en posesión dunha información privilexiada obtida gracias á súa participación no capital dunha sociedade ou ó exercicio dunha función, profesión ou oficio, se vale dela en operacións bolsistas ou ben, sen motivo xustificado, llela comunica a outros ou aconsella a outros baseándose no dito coñecemento privilexiado; por outro lado, a quen realiza operacións bolsistas obtendo información privilexiada dos suxeitos anteriormente citados.

Dende a perspectiva española, o profesor Terradillos Basoco afrontou inicialmente o tema da "protección penal do mercado financeiro" dende un punto de vista eminentemente terminolóxico. Así, o termo "mercado financeiro" posúe un maior ou menor alcance segundo a tipoloxía que se manexe. De acordo co concepto seguido pola Real Academia da Lingua, o "mercado financeiro" é o mercado das actividades relacionadas coa Facenda Pública, as sociedades mercantís e, en xeral, o bolsista.

A protección bolsista é tratada polo Código penal de 1995 no seu artigo 285, e indirectamente nos seus artigos 284³¹ e 442³².

Segundo o profesor Terradillos, para a interpretación do artigo 285 cómpre ter en conta a súa cuádruple orixe, de política económico-criminal, que implicou a súa inclusión no Código penal español. A súa introducción foi esixida por unha doutrina non pacífica: o Código penal de 1995 foi obxecto de debate doutrinal e político dende o ano setenta e nove. Durante este longo período de discusión estimouse, por un lado, que só consideracións morais poderían servir de pretexto para a inclusión do precepto, posto que tales consideracións son as únicas que criminalizan comportamentos onde non existen vítimas.

Por outro lado, a postura dos escépticos ía encamiñada a regular-lo que se quixera. Para eles o mercado financeiro é o ámbito natural da CNMV, así o dito mercado é a rede arterial a través da que flúe a actividade mercantil e financeira.

Finalmente se impuxo a doutrina maioritaria partidaria da inclusión do precepto no novo Código penal, e tómase como fundamento o feito de que permiti-lo uso de información privilexiada suporá a ruptura da rede arterial da economía, e posto que se debe ter sempre presente a defensa dos intereses do investidor prexudicado.

Un segundo empurrón á introducción do precepto veu dado pola incorporación de España á Comunidade Ecomómica Eu-

³¹ Artigo 284 CP: "Imporase a pena de prisión de seis meses a dous anos, ou multa de seis a dezaioito meses, ós que, difundindo noticias falsas, empregando violencia, ameaza ou engano, ou utilizando información privilexiada, intentaren altera-los prezos que haberían de resultar da libre concorrencia de productos, mercadorías, títulos valores, servicios ou calquera outras cousas mobles ou inmobles que sexan obxecto de contratación, sen prexuízo da pena que puidera corresponderlles por outros delitos cometidos."

³² Artigo 442 CP: "A autoridade ou funcionario público que faga uso dun segredo do que teña coñecemento por razón do seu oficio ou cargo, ou dunha información privilexiada, con ánimo de obter un beneficio económico para si ou para un terceiro, incorrerá nas penas de multa do tanto ó triplo do beneficio perseguido, obtido ou facilitado e inhabilitación especial para emprego ou cargo público por tempo de dous a catro anos. Se obtivere o beneficio perseguido imponse as penas na súa metade superior."

Se resultara grave dano para a causa pública ou para terceiro, a pena será de prisión dun a seis anos, e inhabilitación especial para emprego ou cargo público por tempo de sete a dez anos. Para os efectos deste artigo, enténdese por información privilexiada toda información de carácter concreto que se teña exclusivamente por razón do oficio ou do cargo público e que non fose notificada, publicada ou divulgada."

ropea (CEE). Así, a Directiva 582/89 estableceu a necesidade de homoxeneiza-las condicións en tódolos mercados dos países comunitarios e estipulou a obrigación de sanción ante tales conductas.

Outro impulso proporcionouno o dereito comparado, que opta pola vía sancionadora penal. En Alemaña tendeu a potencia-las vías de control establecendo limitacións.

Como último antecedente, a Lei do Mercado de Valores de 1988 (LMV) pretendeu asegura-la transparencia e a lealdade por actuar sobre a negociabilidade do mercado. As decisións tómanse non polas relacións persoais (confianza nos suxeitos intervenientes), senón polas características globais do mercado. É de obrigatoria mención, de acordo co relator, os seus artigos 82 (deberes de información de emisores), 81.1 e 83 (garantía, sixilo), e 81.2 (prohibicións de información en materias reservadas)³³.

Para asegura-los fins da LMV creouse a CNMV, as facultades máis importantes da cal son as de control, inspección e sanción. Da actividade desta comisión deriva a determinación do que constitúen as conductas tipificadas no artigo 285 CP.

Seguidamente, o profesor Terradillos Basoco procedeu á análise metódica do artigo 285 CP.

Nos delitos socioeconómicos os bens xurídicos protexidos son de difícil determinación (mercado, lealdades...). De conformidade coa doutrina, o artigo 285 defende un concepto social e democrático da propiedade social ou, incluso, o bo funcionamento do Mercado de Valores.

Por outra parte, o artigo 285 esixe a provocación dun determinado efecto económico con beneficiarios ou prexudicados individualizables. Así require de dous elementos: intereses patrimoniais individualizables de titularidade concreta e efectos económicos tanxibles (para patrimonios de titularidade individual). Atopámonos, en opinión do relator, ante un delito contra o patrimonio que vulnera normas do Mercado de Valores: a lealdade e a igualdade nese mercado.

Respecto do suxeito activo do delito, este é o que ten acceso a información secreta. O artigo 81.1 LMV completa a definición: o que na estrutura societaria desempeña funcións que o poñen en contacto directo con esta información e que ademais dispón de capacidade de decisión, é dicir, o que de forma directa ou por persoa interposta ten acceso á información secreta con ocasión do exercicio da súa profesión. Esta información debe ser "relevante", isto é, se pode incidir na cotización.

³³ A regulación do artigo 285 CP é a consecución natural do artigo 81.2 LMV.

O artigo 285 CP contempla un delito de resultado, así é necesario introducir unha condición obxectiva de punibilidade, porque a pena do delito (multa) se adecúa ó beneficio ou ó prexuízo; desta forma, o tipo consúmase no momento da obtención do beneficio ou do prexuízo.

Pola súa parte, o artigo 286 CP castiga tipos agravados cando o beneficio obtido sexa de notoria importancia, é dicir, cando se producise un resultado que implique unha gratificación de antixuridicidade³⁴. Tamén cabería apreciar este tipo agravado por conductas reiteradas do artigo 83 LMV.

Polo que se refire ó artigo 286 en concurso co artigo 442 CP, na opinión do relator sería defendible o concurso de delitos. O artigo 442 confórmase coa actividade abusiva sobre a información, non require beneficio ou prexuízo, e contempla a agravante se afecta á Administración de modo grave, isto é, cando se produce un notorio prexuízo. Por iso, na opinión do profesor Terradillos Basoco, a apreciación dun concurso de delitos non só non se dirixe contra o principio *non bis in idem*, senón que se encontra totalmente fundamentada.

O encontro internacional dende aquí comentado pechouse coa participación inestimable de Lorenzo Picotti, ordinario de dereito penal da Universidade de Trento, vicepresidente do Centro de Dereito Penal Tributario e avogado, e de Adán Nieto Martín, profesor asociado da Universidade de Castela-A Mancha, que, dende a súa particular visión do dereito penal económico italiano e español, disertaron sobre un tema de tanto interese e actualidade como é o da "fraude fiscal e de subvencións á Comunidade Europea".

A exposición de Lorenzo Picotti versou fundamentalmente sobre a explicación empírica do fenómeno comunitario e o control dos delitos comunitarios, para confronta-la situación do delito penal italiano nese ámbito.

A tutela penal do patrimonio comunitario é, ó seu entender, independente e autónoma á tutela penal dun Estado individual.

Para o ordinario existe unha complicidade do réxime xurídico de subvencións, de producións, de limitacións á importación en toda a CEE, que crea a posibilidade de abusar do procedemento de tránsito dos produtos europeos. Así, o propio funcionamento da CEE propicia a posibilidade de que os estados membros non aboan ou deixen de aboar determinados impostos relativos ó tránsito de mercadorías, en función do interese financeiro da comunidade.

Isto trae consigo a aparición dunha serie de delitos fiscais,

³⁴ Artigo 286 CP: "Aplicarase a pena de prisión de catro a seis anos e multa de doce a vinte catro meses, cando nas conductas descritas no artigo anterior concorra algunha das seguintes circunstancias:

1^a Que os suxeitos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas.

2^a Que o beneficio obtido sexa de notoria importancia.

3^a Que se cause grave dano ós intereses xerais.

como a falsificación da certificación de orixe dos produtos por países extracomunitarios, o que provoca graves prexuízos económicos para a CEE, así como o perigo de non poder controlalo produto, co risco sanitario que supón.

De acordo con Lorenzo Picotti, sería correcto afronta-lo fenómeno de modo unitario, porque, como se dixo, o sistema comunitario posúe unha regulamentación complexa que favorece a aparición destes delitos de corrupción e criminalidade organizada.

Respecto do control destes delitos, o relator aludiu á utilización de métodos preventivos e represivos a través de medidas de policía e sancións administrativas. Pese a iso, tales medidas poden non ser suficientes, polo que sería necesario ver sobre qué presupostos se deberían aplicar sancións penais, que deberían estar reservadas a un órgano supremo, como o Parlamento Europeo electo, e tutelarían dereitos fundamentais.

Esta potestade penal comunitaria estaría por riba do dereito penal dun Estado membro, que debería aplicar sancións penais baixo o criterio da comunidade. Neste sentido, o Tratado de Maastrich introduciu o principio de cooperación dos estados membros en materia xudicial e penal e promoveu a unificación do delito penal. Por outro lado, a aplicación da sanción penal do Estado membro, baixo o interese comunitario, debe supoñer un resultado certo e unha tutela efectiva.

Respecto do problema deste delito penal no ámbito do ordenamento italiano, o dereito penal italiano introduciu a partir do ano noventa o concepto de delito penal con relación ó ámbito comunitario (artigo 340 CP italiano), e non se limitou só ó aspecto estritamente patrimonial senón que protexeu un ben xurídico diverso. No ano 1992 o lexislador italiano incidiu en maior medida sobre a regulación deste tipo de delitos que afectan directamente ó interese da CEE (un exemplo clarificante constitúe o delito de malversación).

A continuación, o profesor Nieto Martín afrontou inicialmente o tema da súa intervención baixo a cuestión de quen leva as rendas do proceso de unificación do dereito europeo. Segundo o seu criterio, a discusión tradúcese en dous piares: se son os estados os que levan as rendas, decantaranse polo piar intergubernamental: a participación das institucións comunitarias é mínima; se os que levan as rendas son as institucións comunitarias, preferirán o dereito clásico.

Entre ámbolos dous piares, o gubernamental é o máis eficaz, porque pola vía do convenio hai que esperar a que tódolos estados o ratifiquen para que entre en vigor.

Por outra parte, o relator puxo de manifesto que o artigo 209.a) do Tratado de Ámsterdan, no seu parágrafo cuarto, parece querer excluír do ámbito comunitario a loita contra a fraude. Dende o ano 1989 a comisión estivo interesada en que a Comunidade Europea utilizara sancións administrativas contra a fraude, ó incluílas ás furtadelas a través de sancións *sui generis* e sen que se soubese exactamente se se trataba de sancións civís ou administrativas (en palabras do relator, "sancións de zona gris"). Non obstante, estas sancións fóronse introducindo, ata que Alemaña formula a cuestión de se a comisión ten realmente competencias para promulgarlas. Xorde así a STCE do 27 de outubro de 1992, na que o tribunal se pronuncia positivamente sobre tal competencia e decide a partir de entón estende-lo cadro das súas sancións administrativas. Pero o Tribunal das Comunidades Europeas dáse conta de que non vai ser posible lograla homoxeneización posto que cada Estado aplica estas sancións de acordo co seu ordenamento, polo que no ano noventa e cinco se crea o Regulamento 88.

Na opinión do profesor Nieto Martín, este polémico parágrafo cuarto do artigo 209.a) intenta clarifica-la competencia da Comunidade Europea para introducir sancións administrativas. Tralo Tratado de Ámsterdan todo o que é dereito penal encóntrase regulado no título VI e en materia de fraude a comunidade pode adoptar medidas de protección e sancións administrativas.

Respecto da fraude fiscal, toda a anterior normativa non se comprende se non se teñen en conta tres aspectos da fraude que veñen explica-la política lexislativa:

En primeiro lugar, nun informe da Comunidade Europea do ano noventa e seis sobre a loita contra a fraude, esta ascendía a mil trescentos millóns de euros, e detectáranse catro mil catrocentas irregularidades. Detrás disto encontrábase a criminalidade organizada e a grande preocupación da comunidade na súa loita contra ela.

En segundo lugar, as deficiencias no control da fraude: a Comunidade Europea ten delegados os poderes de inspección nas autoridades nacionais e os funcionarios nacionais son pouco celosos no control dos fondos comunitarios. Este factor explica un conxunto de regulamentos comunitarios que lles indican ós estados membros cómo teñen que inspeccionar. Todo isto leva á comunidade a decidir que sexan os seus propios axentes os que vaian ás empresas inspeccionar. Así, de regula-los controis *in situ* encárgase un Regulamento Comunitario do ano noventa e seis baseado en equipara-lo status do axente comunitario ó

do nacional, o que pode chegar a formular problemas en relación co proceso penal que se poida promover.

En terceiro lugar, a mala técnica legislativa das normas comunitarias que outorgan subvencións ou conceden beneficios fiscais. Esta deficiente técnica podería chegar a provocar fraude de lei, polo que para loitar contra esta se estipula o artigo 4 do Regulamento 2988/95. Tal solución resolveu as cousas só no ámbito administrativo.

Respecto da cuestión de cómo debería realizarse a harmonización do dereito penal, de acordo con Nieto Martín os convenios que de agora en adiante se ocupen de harmonizalo dereito penal deberán prestarlles especial atención ós elementos normativos do tipo. Ata agora a harmonización realizábase a través da parte especial e non era necesario tocar elementos da parte xeral. Pero, segundo o relator, isto non debería de ser así³⁵, polo que sería conveniente converte-los problemas de parte xeral en problemas de parte especial: a través das técnicas de parte especial resolveríanse os problemas de parte xeral.

A modo de conclusión, e respecto de cómo debería realizarse a transposición ós respectivos ordenamentos, o profesor Nieto Martín propuxo a creación dunha lei penal especial a través da cal en cada país se regule todo o que teña que ver coa fraude fiscal á Comunidade Europea, a prol da seguridade xurídica.

Como colofón a este interesante congreso, o bolseiro da Área de Dereito Penal da Universidade da Coruña, José Ángel Brandariz García, agradeceulles ás institucións colaboradoras, entre elas a Escola Galega de Administración Pública, a súa contribución á organización e ó desenvolvemento deste, e felicitou os ilustres participantes polas súas brillantes achegas, felicitación que fixo extensible a toda a Área de Dereito Penal da Universidade da Coruña, organizadora e artífice do encontro.

Por outro lado, gustaríame resalta-lo interese que espertaron as mesas redondas e os coloquios abertos ó final de cada unha das sesións e que contaron igualmente coa inestimable achega de prestixiosos avogados, profesores e especialistas na materia, que coas súas disertacións e comentarios viñeron enriquece-lo contido xa por si relevante do evento.

Como inciso final, quixera significar, aínda co risco de ser reiterativo, a relevancia e a transcendencia deste "I Congreso hispano-italiano de dereito penal económico", que serviu como marco de estudio e de confrontación das experiencias que nesta materia tiveron lugar en España e en Italia nos últimos anos, tendo en conta que estes países deben afrontar unha elección se-

³⁵ Como exemplo o concepto de dolo non é o mesmo en todos os países. Consecuentemente, os convenios deberían establecer-los prazos de prescrición, o tema da regularización fiscal, etc.

mellante dado o espectro global da Comunidade Europea no que se atopan inmersos e os seus comúns intereses na persecución dos delitos económicos. Estas experiencias, que se puxeron de manifesto dende os coñecementos particulares que sobre o tema posúen os eminentes conferenciantes, servirán de base e como punto de referencia para a realización de futuros encontros internacionais que sobre a materia teñan lugar.

Por último, e a modo de breve apuntamento recompilatorio, desexaría destaca-las que, ó meu modo de ver, constitúen as novidades máis importantes que o Código penal español de 1995 introduciu con relación á corrupción e ós delitos contra o patrimonio e a orde socioeconómica, regulados no título XIII (artigos 234 a 304), e que foron obxecto de estudio e de desenvolvemento no congreso aquí comentado:

■ Modificáronse os delitos de información privilexiada e de tráfico de influencias de funcionarios públicos para poder castigar tales condutas cando perseguen o beneficio económico, anque non cheguen a alcanzalo.

■ Tipificouse correctamente a defraudación de acredores na quebra ou suspensión de pagos.

■ Aparece regulado o delito de quebra fraudulenta nas subastas xudiciais, que peculiariza unha conduta delictiva dos chamados "poxadores".

■ Anímouse a posibilidade de prevaricación xudicial non só en sentencias e autos, senón tamén en calquera outra resolución.

■ Así mesmo, a partir da entrada en vigor do referido texto lexislativo constitúe delito a mera falsidade de contas, sen necesidade de probar que a intención sexa causarlle un prexuízo económico á sociedade.

Coa regulación destes delitos socioeconómicos encontrámonos ante o recoñecemento da vinculación entre a protección do patrimonio e a doutros intereses económicos colectivos que se ven implicados en determinadas lesións patrimoniais. Así, especificamente coa regulación dos delitos societarios (capítulo XIII) sanciónanse condutas irregulares dos administradores de sociedades, sexan de feito ou de dereito, e estea a sociedade constituída ou en formación, co que se pretende evita-la impunidad de supostos nos que non se regularizase a sociedade ou non se designasen formalmente os administradores. ■

Xornadas sobre a nova Lei do réxime do solo e valoracións

EGAP, Santiago de Compostela, 27 e 28 de abril de 1998

Avogado | José María Rebolledo Varela

A Escola Galega de Administración Pública (EGAP) desenvolveu en Santiago de Compostela, os días 27 e 28 de abril de 1998, unhas "Xornadas sobre a nova Lei do réxime do solo e valoracións", que contaron coa participación de avogados, arquitectos e profesores de diversas universidades españolas.

As ditas xornadas inaugurounas o director xeral de Urbanismo da Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda, José Jesús Cudeiro Mazaira; o director da *Revista de Derecho Urbanístico*, Francisco Alegría; e Domingo Bello Janeiro, director da EGAP.

Bello Janeiro puxo de manifesto que coa realización destes encontros se pretendía afondar no coñecemento da nova normativa urbanística estatal: a lei sobre o réxime do solo e valoracións, o que facilitaría, así mesmo, a correcta aplicación da lexislación autonómica galega neste sentido.

O director xeral da EGAP recordou que a sentenza do Tribunal Constitucional que declaraba inconstitucionais boa parte dos artigos da anterior lexislación estatal, establecía que o Estado ten competencia exclusiva para regula-las condicións básicas que garanten unha igualdade de trato para tódolos españois no exercicio dos seus dereitos de propiedade e que, en consecuencia, pode establecer un mínimo de aproveitamento urbanístico obxecto de apropiación, sempre que non exceda das condicións básicas nin invada a competencia urbanística autonómica e municipal.

O primeiro relatorio da mañá, titulado "Aspectos xerais máis relevantes da nova lei", desenvolveuno Francisco Javier Jiménez de Cisneros Cid, avogado e profesor titular de dereito administrativo da Universidade Autónoma de Madrid, nos termos que de seguido se comentan.

A lei que, no seu momento, nos concitou ten unha pretensión económica clara, rotundamente expresada na súa exposición de motivos, e que non é outra cá liberalización do solo e a inserción da materia urbanística no que se considera a reforma estrutural da economía española.

Tamén é certo que non se pode, de ningunha das maneiras, perder de vista que esta lei non é senón o final dun proceso que comezou co Decreto lei 5/96 de liberalización do solo e que posteriormente se plasmou na Lei 7/1997 do 14 de abril, que foi o texto modificador da situación anterior.

Estes preceptos e a lei vixente que imos analizar, inciden nesta materia da liberalización do solo e da reforma estrutural da economía española en dous aspectos extraordinariamente relevantes para os propietarios, e para os profesionais e axentes económicos deste sector. En primeiro lugar, o que se denomina a clasificación do solo, e, en segundo lugar, respecto do que as cesións, como antes se configuraban na Lei do 92, relativas ós propietarios afectados polo proceso urbanizador ou edificatorio.

O novo sistema da Lei 6/98 pódese sintetizar da seguinte maneira: respecto da clasificación do solo introduce un criterio diferente ó que tiñamos na Lei do 92 e na Lei do 76, e aínda máis, na Lei do 56, da que arrinca todo o sistema, e que non é outro máis có que xa se contiña no art. 1 do Decreto lei 5/1996, e no art. 1 da Lei 7/97. Consiste en suprimi-lo solo urbanizable programado e non programado, polo tanto, elimina-la programación económica, e, sobre todo, a programación temporal; en segundo lugar, cambia-lo aspecto clasificatorio ou a capacidade discrecional da Administración á hora de establece-los criterios

de acordo coa inclusión dos propietarios nalgún dos tres tipos básicos de solo, de tal forma, que a partir de 1997-1998, o solo urbanizable é a regra xeral; o excepcional será o solo non urbanizable, que case sempre se vai identificar co de especial protección.

Tamén excepcional, será clasifica-lo solo como urbano, posto que este, xa sabemos dende hai moitísimos anos pola xurisprudencia do Tribunal Supremo, está regulado, é dicir, que a Administración municipal carece de calquera competencia ou capacidade para determinar se o solo é urbano ou non, simplemente se ten que limitar a constatar que reúne os requisitos establecidos na lei: consolidación da edificación ou, polo contrario, establecemento que conte cos catro servicios urbanísticos tradicionais, a saber, abastecemento de augas, evacuación de augas, subministración de enerxía eléctrica e acceso rodado.

Para ser exactos e precisos, o proxecto de lei partía desta idea. A fundamentación ideolóxica, política, e económica, en última instancia, basicamente se limita a insistir na necesidade de abarata-lo prezo do solo, e polo tanto o da vivenda, e a única maneira de abarata-lo prezo do solo e o da vivenda é crear máis oferta de solo: cando hai moita oferta, é razoable que se entenda que o prezo baixe, posto que en definitiva o demandante, futuro propietario da vivenda, e dende logo os axentes, poderán dispoñer dunha maior cantidade de solo para presentalo no mercado. Na opinión do relator este é un axioma que está por demostrar.

En primeiro lugar, porque non houbo nunca, polo menos con carácter xeneralizado, unha falta ou ausencia de solo urbanizable que faga que o mercado produza estas distorsións ás que acabo de aludir. O que houbo foi carencia de solo urbanizado, que é outra cousa, o que modifica o sentido no que se move o mercado. En segundo lugar este é un sector económico no que é moi difícil utiliza-las regras económicas xerais, é un sector absolutamente ríxido, e aínda que non o fora, en última instancia, o que está en xogo é un dereito fundamental, e polo tanto non vexo fácil a solución que se pretende impoñer nesta lei como a definitiva do mal que afecta o urbanismo español dende hai 45 anos.

Sen embargo, esta formulación ideolóxica, lexítima por outro lado, vén resolver algo intolerable, como era a aplicación práctica que moitos municipios españois e algunhas CCAA viñan realizando, en función de lle atribuír competencias absolutamente arbitrarias ó planificador urbanístico, o que lles impoñía verdadeiras "forcas caudinas" ós promotores inmobiliarios,

que, ou lles cedían unhas porcentaxes moi superiores ás que a lei establecía, en virtude duns convenios espurios ou de calquera outra índole, ou, se non, non vían recualificado o seu terreo. Isto era absolutamente intolerable; neste sentido ten toda a razón do mundo o lexislador cando pretende elimina-la capacidade discrecional do planificador municipal, porque non hai ningunha esixencia xurídica que permita tratar dunha forma desigual dúas persoas que teñen os terreos na mesma zona, coa mesma vocación urbanística, e co mesmo grao de interese de participar no desenvolvemento da promoción inmobiliaria. Dende esta óptica, todo o que sexa elimina-las facultades discretionais do planificador municipal, efectivamente, debe de ser benvido e subliñado.

Sen embargo, sendo esta a orixe do primitivo proxecto de lei, nada ten que ver co que resultou ó final, xa que unha cousa son os proxectos e outra cousa é a política; non é xa que a lei se faga máis hábil có lexislador, cousa que é certo sempre, –porque a lei se disocia, se independiza do seu autor– o autor pretende unha cousa e de certa maneira, e posteriormente, os que a aplican (que son os xuíces) interprétana dun xeito radicalmente distinto a como o fixo o lexislador, cousa que sempre sucede; non, é algo máis, non ten nada que ver o proxecto de lei co que finalmente saíu en materia de clasificación do solo.

Nos artigos 8, 9 e 10 da lei, que é onde se regulan os tipos básicos de solo, dunha primeira lectura, certamente, pódese extraer como conclusión ese chamado carácter residual do solo urbanizable; é urbanizable todo o que non é nin urbano nin non urbanizable ou rústico, como na Comunidade de Canarias ou de Galicia así se denomina; polo tanto todo o demais será urbanizable.

Agora ben, débese insistir en dúas cuestións, en primeiro lugar e polo que se refire ó artigo 9, que fai referencia á clasificación do solo non urbanizable, introduciuse na regra 2ª deste, ó longo do debate parlamentario, unha frase que implica todo un precepto xurídico que non estaba previsto dende os primeiros compases e borradores que se utilizaron nesta lei, concretamente, pódese considerar como solo non urbanizable todo aquel que o planeamento xeral, é dicir, plan xeral ou, no seu caso, onde existan normas subsidiarias: “consideren inadecuados para un desenvolvemento urbano”. Este é un concepto inadecuado, é un concepto normativo indeterminado, non é discrecional. Neste caso hai que xustificar por qué son inadecuados, e a xustificación significa explicar por qué a regra xeral debe de ser que todo é urbanizable, salvo que se poidan determinar e

explicar, racional e lóxicamente, os motivos que inducen ó planificador municipal e ó concello a considerar este solo como non urbanizable.

No que se refire a solo urbanizable, que é a segunda grande achega da lei, como así se establece no n.º 2 da súa exposición de motivos, recóllese unha cuestión básica no artigo 16. Neste artigo, no que se establecen as regras para promover e transforma-lo solo de tal maneira que se poida edificar posteriormente, desapareceu a programación temporal, e é esta, por outro lado, a regra que se deriva do artigo 1 do Decreto lei 5/1996 e da Lei 7/1997.

Sen embargo, a pesar dos esforzos do lexislador, non é posible soste que non hai unha mínima programación temporal; neste caso o que fai o lexislador é, naturalmente, distinguir dentro do solo urbanizable, entre aqueles solos que están incluídos en determinados ámbitos específicos territoriais, daqueles outros que non o están. Eses solos incluídos en ámbitos, segundo o último inciso do artigo 16-1, singularízanse porque están incluídos nuns ámbitos concretos, posto que se estableceron as condicións para o seu desenvolvemento.

O fondo da cuestión é que todo solo urbanizable non ten o mesmo réxime xurídico, o cal é razoable, e boa proba de que non teñen o mesmo réxime xurídico é que a propia lei, á hora de determina-las valoracións do solo, establece que o solo urbanizable sen sectorialización ou sen incluír en ámbito de desenvolvemento ten necesariamente que valorarse como solo rústico, mentres que no solo sectorializado, o vello solo urbanizable programado, é natural que se fixe o seu valor polo valor do aproveitamento, é dicir, a valoración urbanística, que incorpora xa rendementos e aproveitamentos urbanos.

Polo tanto, por máis que se queira dicir que se ampliou a oferta de solo, os problemas inherentes a calquera proceso de ordenación, é dicir o establecemento duns parámetros lóxicos e racionais da evolución do sector, e do mercado e do propio modelo territorial, obrigan a distinguir dous tipos de solo urbanizable: o incluído en ámbitos e o non incluído en ámbitos. Diso derivan efectos inmediatos e concretos, os solos incluídos en sectores teñen o dereito a poñerse inmediatamente no mercado.

Respecto do estatuto xurídico da propiedade cómpre dicir que se eliminou, como non podía ser doutro xeito, o sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas, un é propietario de solo urbano ou urbanizable e ten determinados dereitos, e se non é propietario de solo urbano ou urbanizable terá os que a lexislación lle atribúe ó titular de solo rústico. Isto ten

unha enorme influencia na valoración dos terreos. Tamén se reduciron notablemente os mecanismos coercitivos de que dispoñía a Administración para obriga-los particulares a cumprirlos prazos e os deberes.

Por último, e dende o punto de vista xurídico, ¿cal é o ordenamento aplicable? En primeiro lugar o que hai que aplicar é a recentísima Lei 6/1998; sen embargo a disposición derogatoria da dita lei non elimina, ou suprime, ou derroga todo o texto refundido do 92, senón que deixa inconexos máis alá de dúas dúcias de preceptos que van resultar tamén directamente aplicables, porque teñen carácter básico, ou no seu caso pleno. Pola súa vez, virán despois as novas leis autonómicas, as cales deberán axustarse á Lei 6/1998, non ás que se aprobaron este último ano, dende marzo ata agora. Por último vén a lexislación estatal supletoria, supletoria porque no 76 estaba vixente, posteriormente recobrou a súa vixencia, e ademais porque é tamén aplicable directamente a Ceuta e Melilla, que non teñen capacidade lexislativa para ordenarse urbanisticamente.

Como consecuencia diso estarán en vigor moitos preceptos da Lei do solo do 76, non todos, e é necesario expurgalos un por un, xa que algúns foran eliminados no texto refundido do 92, outros recobraran vixencia, para o que debeu facerse un proceso intelectual para ir eliminando uns doutros. Por último tamén están vixentes os regulamentos de planeamento, disciplina e xestión urbanística, aínda que non todos, xa que moitos deles non son facilmente compatibles coa nova regulación que inclúe a Lei 6/1998.

Polo tanto, calquera cousa menos dicir que estamos ante unha situación cómoda, xa que o problema empeza para tódolos lexisladores autonómicos.

Juan José Bértolo Cadenas, profesor de lexislación da Escola de Enxeñeiros de Camiños, Canles e Portos da Universidade da Coruña, disertou sobre "A clasificación do solo. Dereitos e deberes dos propietarios dos solos".

O apartado 2 do artigo 3 da Lei do solo de Galicia determina que a acción urbanística debe atender a que o solo se utilice en congruencia coa utilidade pública e coa función social da propiedade, o que garante o cumprimento das obrigas e cargas legalmente establecidas; ó mesmo tempo debe impedi-la desigual atribución dos beneficios e cargas derivados do planeamento entre os diferentes propietarios afectados e impondo, en consecuencia, a xusta distribución daqueles; finalmente, debe asegura-la participación da comunidade nas plusvalías que xere, pola súa vez, a acción urbanística dos entes públicos.

Dado o carácter de lexislación básica do artigo 1 da nova Lei estatal sobre réxime do solo e valoracións, a tales determinacións habería que engadirles, sen dúbida, a igualdade esencial no exercicio do dereito de propiedade do solo en todo o territorio galego como preconiza o dito precepto para todo o territorio nacional. Da mesma forma, a participación da comunidade nas plusvalías xeradas pola acción urbanística dos entes públicos (art. 3 da lei), deberá producirse nos termos fixados pola nova lei.

Por outra parte, e en concordancia co disposto no art. 4, os propietarios deberán contribuír –nos termos establecidos nas leis– á acción urbanística dos entes públicos, os cales dirixirán o proceso, sen prexuízo de respecta-la iniciativa daqueles. Ademais a xestión urbanística deberá suscita-la iniciativa privada, na medida máis ampla posible, e substituíraa cando esta non chegue a cumprir os obxectivos necesarios, pero promovendo a participación da iniciativa privada aínda que esta non exerza a propiedade do solo.

Debe aludirse tamén, ó apartado 4, d) do art. 3 da Lei do solo de Galicia, que establece a esixencia do cumprimento, por parte dos propietarios de solo, das obrigas impostas pola propia lei. A esta esixencia refírese, así mesmo, o apartado 1 do art. 62 desta lei, no que se determina que as facultades do dereito de propiedade se exercerán no marco da lexislación básica do Estado e da súa función social, pero dentro dos límites e co cumprimento dos deberes establecidos na propia Lei do solo de Galicia ou, en virtude dela, nos plans de ordenación, conforme á clasificación dos predios.

Ademais, a disposición adicional primeira da citada Lei do solo galega, remite á lexislación básica do Estado en canto á regulación das materias que fan referencia a dereitos e deberes básicos dos propietarios, pero, no non previsto pola citada Lei do solo de Galicia, tales como valoracións, expropiacións, réxime de venda forzosa ou supostos indemnizatorios, haberá que darlle a razón a Porto Rey, cando di que este precepto non é simplemente incompleto, senón que lles dá preferencia ás normas da lei en materia de dereitos e deberes, sobre a lexislación estatal, o que supón un claro exceso competencial e permite cualifica-lo precepto como claramente desafortunado.

Pola súa vez, o art. 12 do texto estatal determina que os dereitos e deberes dos propietarios de solo que se regulan nesta lei se exercerán de acordo coa normativa que sobre planeamento, xestión e execución do planeamento estableza a lexislación urbanística en cada caso aplicable.

Federico García Erviti, arquitecto e profesor da Escola de Arquitectura de Madrid desenvolveu o relatorio "Valoracións do solo, de obras, edificacións, instalacións, plantacións, arrendamentos. Concesións administrativas e dereitos reais", do xeito que segue.

O réxime de valoracións regulado na LRSV mantén, en primeiro lugar, o importante papel que a derogada lexislación urbanística estatal lle atribuíu. En efecto, o título do proxecto de lei conserva o termo "Valoracións", o que ratifica o especial relevo outorgado pola Lei 8/90 e o texto refundido da Lei sobre réxime de solo e ordenación urbana de 1992 (TRLS92) ó contido económico do réxime xurídico da propiedade. Parece a primeira vista, sen embargo, que os motivos da dita coincidencia son distintos: se no réxime derogado a valoración do solo constituía, pola súa vinculación ó proceso de adquisición de facultades urbanísticas, un elemento fundamental do réxime urbanístico da propiedade, na LRSV, desaparecido (ou extremadamente diluído, polo menos) tal proceso, é a condición de *rara avis* dentro dos conceptos xurídicos incluídos con carácter exclusivo na competencia urbanística estatal a que, trala Sentencia 61/1997 do Tribunal Constitucional, lles atribúe ás valoracións un peso específico relevante no marco da nova lexislación urbanística do Estado.

A exposición de motivos da lei inicia a súa referencia ás valoracións cunha declaración de principios que manifesta a finalidade de "...reflectir coa maior exactitude posible o valor real que o mercado lle asigna a cada tipo de solo, renunciando así formalmente a todo tipo de fórmulas artificiosas que, con maior ou menor fundamento aparente, contradín esa realidade e constitúen unha fonte interminable de conflitos, proxectando unha sombra de inxustiza que lle resta credibilidade á Administración e contribúe a deslexitimala súa actuación". Descualifica así de forma expresa o sistema de valoracións derogado, que prometía a instauración dun novo réxime que vincula o contido económico do dereito de propiedade ó resultado do xogo da oferta e da demanda no momento da valoración. Sen embargo, como veremos, a anunciada ruptura co réxime anterior non resulta finalmente tan radical como dos termos utilizados na exposición de motivos podería deducirse.

A modificación do sistema de valoración ata agora vixente prodúcese, no correspondente ó solo, especialmente en dous aspectos: por unha parte, ó desaparece-lo sistema de adquisición gradual e sucesiva de facultades urbanísticas, desvincúlase do dito proceso o contido económico do dereito de propiedade

dos terreos; por outra, derrógase de forma implícita o principio contido no art. 49 do TRLS92, que expresamente prohibía a consideración da posible utilización urbanística na valoración daqueles terreos preservados do desenvolvemento urbano e nos asimilados a eles por non adquiri-lo conxunto de dereitos necesarios para incorporarse plenamente ó dito desenvolvemento. En efecto, a LRSV establece que tanto os solos clasificados polo planeamento como non urbanizables ou rústicos, conforme ó regulado no art. 67 da Lei 1/1997, do 24 de marzo, do solo de (Galicia), como os urbanizables, o ámbito dos cales non fora delimitado polo planeamento xeral ou as condicións de desenvolvemento do cal non fosen establecidas (art. 16 LRSV, por remisión do art. 27), valoraranse de acordo co seu valor de mercado; este será, polo tanto, o criterio que se seguirá, atribuíalles o mercado ou non ós ditos terreos valores correspondentes ós posibles aproveitamentos edificatorios que do planeamento urbanístico puideran derivarse no futuro.

Sen embargo, como se dixo antes, no resto dos solos a discrepancia cos principios valorativos enunciados na Lei 8/90 e no TRLS92 non resulta finalmente tan terminante como nun principio podería deducirse do teor literal da exposición de motivos da nova lei, xa que neles se mantén o criterio de aplicar os valores resultantes da normativa de valoración catastral ó aproveitamento edificatorio que en cada caso corresponda, co fin de que se conserve así a referencia ó valor regulado e obxectivo recollido na lexislación derogada. Para estes efectos, a exposición de motivos xustifica o recurso ó valor básico de repercusión recollido nos relatorios catastrais nos que, de conformidade co disposto na Lei 39/1988, reguladora das facendas locais, este valor reflicte os valores de mercado, posto que as valoracións catastrais se fixan a partir dun estudio previo dos anteditos valores. É dicir, nesta clase de solos séguese tamén o principio xeral de aplicación do "valor real que o mercado lle asigna a cada tipo de solo", aínda que este criterio de valoración, sen a referencia expresa a súa relación co mercado, é exactamente o mesmo có art. 53 do TRLS92 desenvolvía para determinalo valor urbanístico dun terreo unha vez adquirido o dereito ó aproveitamento urbanístico.

Por outra parte, o art. 23 da LRSV mantén de forma literal o precepto xeral regulado no art. 46 do TRLS92 que estende os criterios de valoración de solo contidos na lexislación urbanística a tódolos supostos expropiatorios, calquera que sexa a finalidade que motive a expropiación e a lexislación, urbanística ou doutro carácter, que a lexitime. Engádense no segundo parágrafo

do dito artigo que os criterios de valoración contidos na lei terán carácter subsidiario nos procedementos de distribución de beneficios e cargas, sempre que non exista acordo entre os propietarios afectados.

No que se refire ó momento ó que han de referirse as valoracións, o art. 24 da LRSV segue o criterio xeral exposto no art. 47 do TRLS92, establecendo aquel, nas expropiacións, no momento de iniciación do expediente de xusto prezo e, no suposto da determinación de indemnizacións por cambio de planeamento, na data de publicación da aprobación definitiva do novo planeamento. Engádesse como novo sinal que, nos supostos de actuación distintos ós expropiatorios, as valoracións terán que referirse ó momento de iniciación do correspondente procedemento.

E, finalmente, en canto á valoración doutros bens e dereitos, como as plantacións, instalacións e obras, así como as indemnizacións a arrendatarios e a valoración de dereitos reais, a nova lei a penas modifica as disposicións que regulan esta materia no TRLS92; ademais, incorpórase o suposto das concesións administrativas e introdúcese na regulación da valoración das edificacións unha referencia á aplicación da normativa catastral que non existía na lexislación que se derroga.

Agustín Asís Roig, profesor de dereito administrativo da Universidade Carlos III de Madrid, desenvolveu o tema: "Supostos indemnizatorios por alteración do planeamento por limitacións singulares e por outros conceptos".

No mes de xuño o Goberno da Nación presentou ante as Cortes Xerais un "Proxecto de lei do solo e valoracións". Xustificábase a reforma na inadecuación da ata entón vixente normativa urbanística, inadecuación que tiña a súa orixe, segundo se indicaba na exposición de motivos do proxecto, en motivos de carácter xurídico-administrativo e económico-empresariais.

Sinálase dentro dos primeiros, que, como consecuencia das sucesivas reformas da lexislación urbanística se produciron, na práctica, tres efectos non desexados por disfuncionais: a) por un lado, a xeración dun sector xurídico moi complexo; b) ademais esa complexidade determinou a aparición de intervencións innecesarias da Administración e, finalmente, c) esta última viuse favorecida polo outorgamento de grandes cotas de discrecionalidade. Tales circunstancias por ser contrarias ó principio de seguridade xurídica deben ser corrixidas para unha máis eficaz satisfacción dos obxectivos da política urbanística.

Pero a reforma tamén se fundamenta en criterios de tipo económico e empresarial. Neste sentido enténdese que a lexisla-

ción vixente ata entón facilitaba a) a limitación artificial da oferta de solo, e b) a incidencia dos factores xurídico-administrativos que en definitiva xeraban unha serie de incertezas respecto da actividade de promoción inmobiliaria relacionadas con factores como o tempo, o custo e a súa propia viabilidade xurídica.

Este diagnóstico, na opinión do lexislador, explica o fracaso da lexislación anterior, sobre todo do texto refundido da Lei do solo, fracaso que non pode ignorarse.

Sen embargo, e como recoñecera xa o lexislador estatal no ano 1990, o Estado só ten unha competencia limitada. Por iso só pode atender á solución do dito problema de forma parcial e no contexto das competencias recoñecidas polo Tribunal Constitucional na súa Sentencia 61/1997, do 20 de marzo. Tal é a xustificación do carácter puntual da regulación estatal dado que a presente reforma deberá circunscribirse ós ámbitos materiais de competencia do Estado. Concretamente na lei regúlanse: a) garantía de igualdade nas condicións básicas de exercicio do dereito de propiedade, b) expropiación forzosa, c) valoracións, d) responsabilidade das administracións públicas e e) procedemento administrativo común. É dentro do penúltimo dos títulos competenciais indicados, no que se insire naturalmente a regulación dos supostos indemnizatorios.

O marco de competencias constitucionais, aclarado dende a Sentencia TC 61/1997, outórgalle ó Estado un papel constitucionalmente limitado a aqueles títulos de competencias expresamente previstos na Constitución que poidan concorrer na "materia" urbanística. Esta afirmación compróbase particularmente na doutrina que a propia sentenza confirma respecto da inconstitucionalidade dos preceptos estatais dictados con carácter supletorio. Pero respecto da materia que tratamos, amparada nun título competencial relacionada co réxime xurídico das administracións públicas, e máis concretamente, co "sistema das administracións públicas", obriga a comprobar, de xeito previo, dado o carácter preliminar da competencia, se os preceptos indicados contidos na nova Lei do réxime do solo e valoracións se adecúan á dita competencia.

A reserva competencial que o artigo 149.1 CE establece en relación co "sistema de responsabilidade das administracións públicas" inclúese nun apartado, a peculiaridade do cal, dentro do sistema de distribución de competencias é indubidable. Nel recóllese o que pode considerarse unha garantía de unidade do Estatuto fundamental das administracións públicas, mediante a atribución ó Estado dunha competencia reguladora dos

aspectos principais do mesmo. A peculiaridade de tal precepto acabou sendo recoñecida pola xurisprudencia do Tribunal Constitucional, ó inserirse como normativa imperativa da actividade e organización das administracións públicas, nunha das fontes de conflictividade competencial máis común dentro da nosa xurisprudencia constitucional. Trátase de institucións que se proxectan sobre a totalidade da actividade administrativa; son en consecuencia normas (1) xerais (2) de aplicación directa e necesaria, que deben observarse na lexislación sectorial, con independencia da Administración pública de que se trate.

A problematicidade destas figuras é evidente. A función unificadora -non uniformizadora, como resaltou o Tribunal Constitucional- xa pode supoñer disfuncionalidades respecto das concretas necesidades de xestión nas ordenacións sectoriais; canto máis, cando a dita lexislación vén configurada dende unha instancia territorial dotada de autonomía garantida constitucionalmente. O risco de extensión do título de competencia xeral do Estado dentro do ámbito material de competencia autonómica, ata dirixila dende o desenvolvemento do título estatal é claro. Por outro lado, a frustración da función racionalizadora e de garantía que persegue a dita unidade de título por vía de excepción sectorial é igualmente clara. Trátase, en definitiva da necesidade de harmonizar e de compaxinar ambos: autonomía e unidade fundamental do estatuto administrativo.

A consideración desta necesaria delimitación harmónica no propio texto, do artigo 149.1.18 CE conséguese mediante tres técnicas. A primeira consiste en axusta-lo título de competencias dándolle unha textura e alcance específico. Deste xeito cómpre encontrar competencias consistentes en acoutar, respecto de determinadas materias, o alcance da competencia estatal, á fixación das bases dun determinado sector -"réxime xurídico das administracións públicas e do réxime estatutario dos seus funcionarios", ou "lexislación básica sobre contratos e concesións administrativas"- . A segunda consiste en formular bens constitucionais que orientan -como é o caso da garantía dun trato común ante as administracións públicas e o réxime estatutario dos seus funcionarios- ou -limitan- que se corresponde coa salvagarda das "especialidades derivadas da organización das comunidades autónomas" prevista respecto da competencia estatal sobre o procedemento administrativo común.

Ás anteriores, hai que engadirlles outra, máis común, pero que presenta algunha problemática en relación co tema que nos ocupa: e é a incorporación de elementos que delimitan a extensión horizontal da materia. No parágrafo que analizamos,

prodúcese esta consideración respecto de dous ámbitos de competencia: o procedemento, no que a competencia estatal, plena, se reduce ó procedemento administrativo común; e, tamén se aplica esta técnica á responsabilidade no que lle corresponde á lexislación estatal a regulación do “sistema de responsabilidade de tódalas administracións públicas”.

Non podería darse por rematada a análise deste apartado sen resalta-la potencia expansiva dun dos ámbitos materiais atribuídos á competencia estatal. Concretamente é o que abre o parágrafo: as bases do réxime xurídico das administracións públicas. Entendidas estas como o conxunto de preceptos que constitúen o réxime xurídico xeral e común da actividade e organización das administracións públicas, é evidente que en sentido lato, inclúe as demais materias indicadas no citado parágrafo. Efectivamente, o resto dos sectores afectados polo artigo 149.1.18 CE poden reconducirse ben á organización, ou ben sobre todo ó réxime de funcionamento e dos seus efectos, e por iso, son parte integrante do réxime xurídico das administracións públicas. De feito, esta potencia expansiva viuse aceptada polo Tribunal Constitucional ó incluír como parte integrante do dito réxime o regulador do patrimonio das administracións públicas, aínda que este non é obxecto de repartimento competencial explícito no noso Texto constitucional.

Esta característica obriga a deducir que as referencias concretas a aspectos do réxime xurídico das administracións públicas como réxime independente do macro título relativo ás bases do réxime xurídico, só poden explicarse na medida en que: 1) o constituínte quixo confirmar e especificar determinados sectores como parte dese estatuto fundamental das administracións públicas, e 2) quixo diferencia-lo tipo de competencia estatal sobre os mesmos.

José Antonio García Trevijano, avogado, desenvolveu o tema: “Expropiación e reversión dos terreos. Excepcións”.

A Sentencia do Tribunal Constitucional 61/97, do 20 de marzo, anula boa parte do TR de 1992 polo simple feito de que o Estado non o considera lexislación de aplicación total. Anula tamén parte dos restantes preceptos.

Mantén, en canto a expropiacións urbanísticas, que o Estado é competente para regula-las expropiacións forzosas de acordo co art. 149.1.18 da Constitución, pero só para establece-las características fundamentais do procedemento expropiatorio e as garantías dos expropiados, dado que a expropiación forzosa non deixa de ser un instrumento adxectivo ligado á competencia material substantiva que lle serve de base, e esta –o urba-

nismo– non lle corresponde ó Estado senón ás comunidades autónomas.

Esta interpretación ten especial aplicación práctica en canto ás causas lexitimadoras das expropiacións (*causa expropriandi*).

Sen entrar a valora-la “disección e análise” de preceptos constitucionais e inconstitucionais que sobre o TR 1/92 realiza a sentenza en cuestión (co que se nos ofrece un texto estatal asistemático –nunca mellor dito–), e sen entrar tampouco no delicado problema do valor do dereito estatal especificamente supletorio da lexislación autonómica que se produza, o primeiro efecto destacable da sentenza en canto a expropiacións urbanísticas é a invalidación dos arts. 206.1 f), do Texto refundido de 1992.

No primeiro de tales preceptos determínanse as distintas causas de expropiación. Haberá que estar polo tanto ó que a lexislación autonómica estableza, e noutro caso ás causas lexitimadoras de tales medidas previstas no Texto refundido de 1976, que en grande medida veñen coincidir co propio art. 206 do TR 1/92.

Mantense, sen embargo, como *causa expropriandi*, a relativa a “incumprimento da función social da propiedade”, pois entende o Tribunal Constitucional que a competencia material substantiva que o Estado exerce se atopa no art. 149.1.1 da Constitución, aínda que expresamente afirma que non por iso se poden concretar agora cáles son os deberes básicos, o incumprimento dos cales encaixaría dentro desa causa de expropiación, polo que haberá que resolvelo caso por caso.

O art. 207 tamén é declarado inconstitucional, non porque o seu contido o sexa (xa que á fin e ó cabo concreta a citada posibilidade de expropiación por incumprimento da función social da propiedade), senón por impoñer, con carácter imperativo, a pertinencia da expropiación cando se incumpran os prazos para urbanización ou edificación, os deberes básicos en xeral establecidos na lei, ou cando se proceda a unha parcelación ilegal de solo urbanizable non programado ou non urbanizable.

Realmente, a expropiación por incumprimento da función social da propiedade ten razón de ser, na visión do Texto refundido de 1992, nos seguintes casos:

a) Cando se incumpre o deber de urbanizar, cando non se pide licenza de edificación, cando non se cumpre con tal licenza, ou cando se actúa sen ela ou contra a formulación. Pero a validez do art. 206.1.f) queda na práctica sen demasiado alcance, en canto que a propia Sentencia do Tribunal Constitucional declara inconstitucionais os arts. 30.3 e 31.2 (sobre reacción ante o deber de urbanizar), 34 (igual sobre adquisición do dereito a

edificar), 36 (extinción do dereito a edificar), 38, 39, 40.3, 248 e 249 (efectos da edificación sen licencia ou contra ela ou a formulación).

Pese a que se declarou inconstitucional, en termos abstractos, o esquema de adquisición gradual de facultades urbanísticas, o efecto concreto do incumprimento (a expropiación, sanción ou a venda forzosa) é materia urbanística, e polo tanto de competencia autonómica, motivo polo que, como se dixo, o art. 206.1.f) queda sen maior aplicación práctica á vista do propio Texto refundido. Haberá que atender á lexislación autonómica correspondente ou para os efectos que sobre incumprimento de tales deberes –e en visión en certo modo distinta– se deduzan do Texto refundido de 1976, salvo que exista lexislación autonómica, que será preferente.

b) En casos de edificacións inadecuadas ou ruinosas. Pero, como no caso anterior, vistos os arts. 228 e 247 TR 1/92 reguladoras desta materia, non parece que poida manterse como imperativa a expropiación ou venda forzosa, senón que, como nesoutro caso, haberá que atender á lexislación autonómica ou ó que se deduza do Texto refundido de 1976. Certo que o art. 228.3 TR 1/92 non se declarou inconstitucional na súa primeira parte pola Sentencia 61/97 –en concreto cando dispón que en caso de venda forzosa por edificación ruinoso o valor que recibirá o propietario será a metade do valor do aproveitamento susceptible de adquisición–. Pero declarouno inválido a Sentencia do Tribunal Supremo do 25 de xuño de 1997.

c) En función do que estableza a lexislación autonómica cabería tamén mante-la posibilidade de expropiación no caso de parcelamentos ilegais, pois á fin e ó cabo o art. 207.b) do Texto refundido 1/92 declarouse inválido polo carácter imperativo que pretende atribuírlles ás expropiacións.

d) O propio habería que dicir do disposto no art. 184 TR 1/92 (caso de incumprimento polo adxudicatario dun Programa de actuación urbanística). A validez do art. 184.2 carece de efecto práctico á vista da invalidación dos antes citados arts. 30 e segs. do propio texto. Non obstante, parece que cabe manter lóxicamente este tipo de expropiación tanto se a lexislación autonómica o prevé como cando na propia adxudicación se estableceu a posibilidade de expropiación ou venda forzosa para caso de incumprimento.

■ En canto ó prezo xusto, a situación é problemática:

Ó declararse inconstitucionais os arts. 32 e 59 e segs., parece que habería que acudir non ó réxime de valoracións do Texto de 1976, senón ós arts. 48 e segs., dado que o sistema de

adquisición gradual de facultades se mantén. Parece polo tanto que haberá que avaliar sobre as consideracións dos citados preceptos.

■ respecto da expropiación-sanción, aínda que esta poida manterse na medida en que xa o Texto de 1976 o permitía (art. 124.2), creo que non son aplicables. Incluso as posibilidades que deixaba a Sentencia do tribunal Constitucional 61/97 ó non declarar inconstitucional parte de tal artigo quedan sen valor unha vez considerado inválido pola antes citada Sentencia do Tribunal Supremo do 25 de xuño de 1997. Polo tanto, aínda que a expropiación sexa por incumprimento haberá que prestarlle atención ó valor que teña o terreo segundo o momento no que se proceda á expropiación.

■ O Tribunal Constitucional declarou así mesmo inconstitucionais os arts. 220.1 e 221 do Texto refundido –o primeiro sobre declaración de urxencia expropiatoria en procedementos de taxación conxunta, e o segundo sobre o procedemento de expropiación individual– por entender (o que é moi discutible) que a regulación que sobre tales cuestións se recolle no Texto refundido excede do que constitúe a regulación mínima que sobre a materia lle corresponde ó Estado, e por considerar que este tipo de expropiación, incluso tales regras, van ligadas á competencia material substantiva que a ampara, urbanística e polo tanto autonómica.

■ A Sentencia do Tribunal Supremo do 25 de xuño de 1997 declarou inválido o art. 219 por considerar que non é resultado dunha refundición do xa previsto en textos legais anteriores, senón unha innovación improcedente nun texto refundido. Tamén se consideraron inválidos os arts. 228.3 e 4.

■ O resto dos preceptos de aplicación necesaria do Texto refundido mantéñense como válidos, e declaráronse sen embargo inconstitucionais os arts. 208, 209, 211.1 e 2, 212, 227.1 primeira parte, 227.2, 228.1,2,3, primeiro parágrafo, segunda parte, 229, 230, 231, 233, 234 e 236, que haberá que completar coa lexislación xeral de expropiación forzosa ou coa contida no Texto de 1976 a salvo a existencia de lexislación autonómica respecto disto.

■ En particular, en canto á venda forzosa como mecanismo alternativo á expropiación (permitida con carácter xeral no art. 227.1 primeira parte), declarouse inconstitucional o TR 1/92 por considerarse que aparece redactado en termos imperativos co fin de que a Administración competente utilice necesariamente tales instrumentos, do mesmo xeito que se sostivo para declarar inconstitucional o art. 207.

■ O réxime das reversións mantense polo tanto (arts. 225 e 226; ningún de tales preceptos foi impugnado).

■ Cuestión diferente, aínda que enlazada con todo iso é o problema da determinación do alcance temporal da Sentencia do TC. Parece que se conservan os expedientes xa finalizados (máis claramente aínda os firmes). O problema consiste en determinar qué se considera expediente expropiatorio terminado. Sen contar con outra previsión, e salvo que se aplicaran analoxicamente a disposición transitoria 1^a.3 do TR de 1992 –declarada vixente– para estar ó momento de descrición de bens e dereitos afectados, parece que formalmente a finalización dun procedemento expropiatorio, polo menos dende o prisma do prezo xusto que é o que estamos tratando, é a fixación definitiva en vía administrativa de tal prezo xusto.

A problemática pode quedar en todo caso obviada se existe lexislación autonómica que estableza outra cosa ou que poida protexe-la aplicación, aínda que sexa por remisión, do Texto de 1992.

José Manuel Díaz Lema, catedrático de dereito administrativo da Universidade da Laguna desenvolveu o tema: “Disposicións adicionais e réxime transitorio. Aspectos competenciais”, da seguinte maneira:

A lei que se manexa contén cinco disposicións transitorias relativas a réxime urbanístico, planeamento e valoracións. O primeiro que chama a atención é a sinxeleza –polo menos aparente– das citadas disposicións en contraste coa complexidade da situación creada no dereito urbanístico como consecuencia da STC do 20 de marzo de 1997.

Das citadas disposicións sobresaen dúas grandes cuestións, na marxe das valoracións, que se corresponden por suposto coas competencias que mantén o Estado nesta materia: o réxime do solo na etapa transitoria, que presenta os problemas máis delicados; e a clasificación do solo, a través do planeamento, naturalmente, que non reviste unha especial complexidade.

1. En canto ó réxime do solo a lei establece a súa aplicación inmediata ou dende a súa entrada en vigor na transitoria primeira e procede a continuación a asimila-las novas clases de solo ás anteriores, o que en rigor só sucede no caso do solo urbanizable. Así urbano e non urbanizable coinciden cos da antiga lexislación, mentres que á nova clase de solo urbanizable van para-lo apto para urbanizar e os dous tipos de solo urbanizable, programado e non programado.

Así pois, segundo isto, todo o novo réxime de dereitos e deberes da nova lexislación imporase dende o primeiro momento,

se ben é verdade que a transitoria non chega a buscarlles solucións ós problemas concretos que se formularán. O único que destaca é o afán de impoñe-la lei dende o primeiro momento.

O dito anteriormente en parte vese limitado na transitoria 4^a, relativa ós instrumentos de distribución de beneficios e cargas, a través dos cales se concreta –como é ben sabido– o réxime de deberes ou cesións, entre outras cousas. Esta transitoria frea en certa medida o efecto inmediato da transitoria 1^a: só se aplicará a nova lei se os ditos instrumentos non están aprobados con carácter definitivo; en caso contrario, por un elemental principio de seguridade xurídica, aplicarase a lexislación precedente.

2. No que se refire á clasificación do solo, parte xustamente do principio oposto. Fronte á proximidade aplicada ó suposto anterior, o lexislador é neste caso moito menos impaciente. Segundo a transitoria segunda, o planeamento adaptarase á nova clasificación do solo cando sexa revisado.

Debe terse en conta en primeiro lugar que probablemente a maior novidade da nova lei reside precisamente no cambio da clasificación do solo, ó integrar nun novo tipo de solo urbanizable os dous existentes con anterioridade: programado e non programado, ó mesmo tempo que este solo urbanizable vai ter un carácter expansivo fronte ó carácter residual do solo non urbanizable. Exactamente ó revés do establecido na nosa lexislación tradicional.

Fronte ó que foi habitual na nosa lexislación urbanística que esixiu a adaptación do planeamento en prazos fixos á nova lexislación, neste caso o lexislador difire, sen lle dar prazo ningún á nova revisión do planeamento xeral, da adaptación ó novo sistema de clasificación do solo.


Esta aparente falta de urxencia do lexislador é máis perceptible se cabe na transitoria 3^a, pois o planeamento xeral, a tramitación do cal estea iniciada á entrada en vigor da lei, seguirá aplicando os mesmos criterios sobre a clasificación do solo procedente da lexislación anterior. O momento decisorio sobre a aplicación dunha ou doutra lexislación é a aprobación inicial do dito planeamento.

Esta consecuencia en certo modo é sorprendente. Contrasta a proximidade na aplicación do novo réxime do solo coa dilación na clasificación do solo. Todo máis, e en relación con esta última, cabe dicir que o solo urbanizable non programado por virtude da transitoria 1^a segue o réxime do urbanizable a secas, pero non porque se cambie a clasificación do solo.

3. Procede analizar a continuación a asimilación entre o réxime das distintas clases de solo na ata entón vixente legisla-

ción e a nova lei, isto é, analiza-los problemas que se derivan da aplicación da transitoria 1^a.

En primeiro lugar, no que se refire ó solo non urbanizable, o art. 20 establece unhas normas básicas que no fondo non son máis ca un resumo da antiga lexislación; por iso, entendemos que neste sentido non debe crear ningún problema no réxime transitorio.

Moi distinta é a situación no caso do solo urbano. A nova lei, no art. 14, distingue dúas categorías no solo urbano, o consolidado pola urbanización no apartado 1 e o non consolidado pola urbanización no apartado 2, cunha diferenza radical de réxime xurídico. Para o segundo caso, o non consolidado, practicamente son os mesmos deberes do solo urbanizable, polo que debe destacarse ante todo o deber de cesión do 10% do aproveitamento neste caso, que falta no suposto do solo urbano consolidado. 



**BIBLIOGRAFÍA
E RECENSIONES**

Comentarios a la Ley sobre régimen del suelo y valoraciones (Lei 6/1998, do 13 de abril)

Jesús González Pérez

Editorial Civitas, Madrid, 1998, 918 páxinas.

O noso ordenamento urbanístico sufriu nos últimos anos tal cúmulo de cataclismos que sumiu os operadores xurídicos nun grao notable de inseguridade e de confusión. O profesor González Pérez vén sendo quen, con admirable celeridade e rigor, nos orienta no proceloso mar dos cambios lexislativos e xurisprudenciais que sucesivamente se producen neste ámbito. Nesta ocasión, a tarefa foi probablemente máis difícil e, ó tempo, máis urxente e necesaria polas consecuencias e secuelas da Sentencia 61/1997 do Tribunal Constitucional que alterou de maneira substancial o marco normativo urbanístico. Sería de desexar que, dunha vez por todas, este novo marco se consolidase como sólida referencia básica para a creación lexislativa das comunidades autónomas e o sufrido operador xurídico gañase polo menos un pouco de sosego e de orientación. En todo caso, e aínda que así non fose, estou seguro de que

a pluma de González Pérez nos volvería ilustrar oportunamente neste continuo tecer e destecer da regulación urbanística.

Na obra que agora nos ocupa, o autor abandona en certa medida o ton acendidamente crítico que cualificou os seus comentarios á Lei 8/1990. Predomina aquí a análise comparativa da sucesión normativa na materia e un profundo e detallado estudio xurisprudencial de tódolos aspectos da nova lexislación (Lei 6/1998).

Para González Pérez, a incorporación ó proceso urbanizador de todo aquel solo no que non concorran razóns para a súa preservación constitúe un esquema lóxico. Elimina, ademais, a necesidade de que políticos ou técnicos decidan se unha determinada superficie é apta ou non para converterse en solo urbano, co que se aparta esta decisión da formulación, e resultan determinantes só factores obxectivos, como a protección do dominio público, ben por concorreren factores que han de prevalecer, ben pola súa incompatibilidade cun desenvolvemento urbano racional.

Elimínase así un exceso de discrecionalidade que, tanto cuantitativa como cualitativamente, propendía á controversia entre os representantes políticos nos órganos da Administración, coa consecuencia non dunha desexable profesionalización da tarefa, senón dunha desmesurada politización, con demérito da obrigada referencia do interese xeral.

A análise do capítulo II da Lei 6/1998 céntrase primordialmente no artigo 19: “deberes legais de uso, conservación e rehabilitación”. A aposta franca de González Pérez é polo urbanismo “constructor” en lugar do urbanismo “destructor”. E en verdade que non hai máis remedio que concordar con el. Todos somos conscientes do “apresurado e cego desenvolvemento” que presidiu o proceso urbanizador en España e, particularmente, en Galicia. Todos somos testemuñas de auténticas aberracións urbanísticas en paisaxes paradisíacas da nosa terra ou da substitución, en nome da “posmodernidade”, de edificios decimonónicos de singular beleza por auténticos “pastiche” que firen as pupilas menos sensibles. Por iso, cómpre eliminar os vicios dun urbanismo expansionista e potenciar, na medida dos posible, un urbanismo conservador que permita, por unha parte, revitalizar aquelas zonas das cidades que foron perdendo protagonismo como consecuencia da progresiva deterioración dos edificios que as compoñían e, por outra, preservar todo o acervo cultural que conservan entre as súas pedras esas, polo habitual, entrañables “zonas vellas” das nosas cidades e vilas. Se ben a regulación deste concreto aspecto normativo reitera as previsións contidas en regulacións anteriores, o autor desenvolve un completo percorrido pola xurisprudencia dictada en relación cun dos mecanismos previstos para levar á práctica este tipo de ur-

banismo: as ordes de execución de conservación e de obras de intervención.

Máis extenso se cabe resulta o estudio realizado sobre o estado de ruína das edificacións (en concreto, as páxinas 307 a 397), do que cómpre destacar a valoración da declaración de ruína como a verificación dunha situación de feito que, como tal, os tribunais han de valorar apoiándose nos informes que lles subministren aquelas persoas que, polos seus coñecementos e especialización técnica, poidan percibir mellor as circunstancias determinantes, aínda que non seguíndoos necesariamente de forma literal. Con iso o autor incide nun aspecto moi importante como é o da proba pericial urbanística. Tal proba réxese, neste ámbito, polo principio da libre valoración, polo que non existen regras taxadas para os efectos, sendo soberano o criterio da sala sentenciadora, na apreciación da devandita.

Non obstante, dicir que a proba pericial é unha proba libre no noso proceso non significa que o xuíz poida segui-lo seu capricho ou entregarse á conxectura ou á sospeita. Supón unha dedución racional que ha de partir duns datos fixados con certeza. O bo facer do perito consiste en persuadi-lo xulgador da exactitude das apreciacións contidas no seu informe. Polo tanto, o decisivo é que os razoamentos ofrecidos neste reúnan a suficiente forza de convicción como para que o xulgador se sinta convencido de que apoia-la súa decisión sobre o informe pericial é a mellor das opcións posibles.

A partir da páxina 469 comeza o estudio dun punto no que as achegas do autor son especialmente valiosas: as valoracións. As valoracións urbanísticas foron, tradicionalmente, obxecto de regulacións que provocaron non poucos problemas á hora de encamiñalas funestas consecuencias ás que se viu sometido o dereito de propiedade. Como afirma o autor, “la expropiación urbanística supone que unos cuantos –los menos–, los afectados, reciben por su terreno un precio muy inferior al valor del mercado, mientras otros, los más, los que no han tenido aquella desgracia, conservan íntegro el valor del mercado de sus terrenos. Existen, por tanto –y aquí radica la tremenda injusticia que supone un trato desigual–, dos clases de ciudadanos propietarios de terrenos: los sacrificados –en considerable cuantía– y los que permanecen intocables”.

Parece inevitable deterse, sequera superficialmente, na análise do sistema de valoracións da LRRU, de tan radicais consecuencias para o dereito de propiedade. Neste sistema, a dependencia da valoración respecto da consolidación gradual que faga o propietario das facultades urbanísticas supuxo –como afirma o autor– un paso máis no proceso de conversión da institución expropiatoria nunha auténtica confiscación. O propietario do solo –continúa comen-

tando o autor— carecía de facultades de aproveitamento urbanístico, que iría adquirindo sucesivamente na medida en que fora cumprindo os deberes que a lei lle impoñía. Logo, no momento da expropiación, unicamente se privaba do que tiña, isto é, do que adquirira de acordo co sistema da lei. Iso supoñía:

A vulneración da garantía constitucional que consagra o artigo 33.3 da Constitución, garantía do dereito de propiedade “na medida en que con ela se asegura a xusta compensación económica. A expropiación forzosa implica a obriga dos poderes públicos de indemnizar a quen resulte privado dos seus bens ou dereitos por lexítimas razóns de interese xeral cun equivalente económico que ha de establecerse conforme a criterios obxectivos de valoración prefixados pola lei”. Criterios, por moi obxectivos que sexan, que han de responder ó valor real do ben ou do dereito.

E na medida en que se afastaba do valor real, infrinxíase así mesmo o principio de igualdade, igualdade ante a lei e ante as cargas públicas, que así mesmo consagra a Constitución (arts. 14 e 31), en canto que:

1º. Mentres uns propietarios de solo habían de soporta-la potestade expropiatoria, outros —os que se vían libres dela— podían dispoñer libremente do solo e percibían o valor de mercado.

2º. Os que sufrían a expropiación urbanística contribuían ás cargas públicas en maior medida cós demais cidadáns, ó verense desprovistos dos terreos da súa propiedade a cambio dunha indemnización que non reflectía o valor real.

3º E, dentro do sistema da LRRU, o trato desigual era evidente, dado que a clasificación do solo —decisiva á hora da valoración— se facía na marxe de criterios obxectivos, coa máxima arbitrariedade.

Pero, como nesta vida tódolos problemas teñen solución salvo “un”, a Lei 6/98 parece, *a priori*, dar mostras dun cambio de rumbo que definitivamente adapte a normativa á realidade, e que evite configuracións teóricas totalmente afastadas dela e de tan penosas consecuencias como as antes descritas.

Hai que concordar co autor cando sinala que se perdeu unha grande oportunidade de plasmar no texto definitivo desta norma o principio xeral de que “o solo se valorará de acordo co seu valor real”, principio que si se encontraba no proxecto de lei do Goberno e que, en última instancia, foi substituído por un sistema, o obxectivo final do cal non é outro que acomodar, no posible, o valor do solo ós dictados do mercado. En definitiva, tratouse de enmascarar innecesariamente un obxectivo anhelado, pero non recoñecido. Como consecuencia da introducción deste sistema de valoración, todos somos conscientes dalgunhas dificultades na súa aplicación. Así, a valoración por comparación coa doutras “fincas”

análogas esixe a existencia de “valores comprobados”, o que inevitablemente dará lugar a unha ardua tarefa de interpretación que, ¡como non!, se encargará de realizar a xurisprudencia, co que se lle engade así un plus de dificultade á xa de por si receosa, xurisprudencia de acordo coa aplicación do método de valoración por analogía con outros terreos. Unha xurisprudencia que, se ben coincide en afirmar que o valor do solo calculado a través deste método é un valor indiciario, non vinculante, sen embargo é vacilante ó interpreta-lo concepto de “finca análoga”. Do mesmo modo, outro problema fórmase coa aplicación do “valor básico de repercusión máis específico recollido nos informes catastrais”, naqueles casos nos que os valores catastrais perdesen vixencia, tanto polo simple transcurso do prazo estipulado para a súa modificación, como por determinarse para unha proposta anterior e non ser rectificadas baixo a vixencia do novo.

O título IV “Expropiacións” recibe un extenso tratamento a partir da páxina 555, e resulta de peculiar interese, entre outros aspectos, a referencia ás delimitacións competenciais estatal e autonómica con ocasión do artigo 33; así mesmo a referencia ó prezo xusto e, por último, a análise da expropiación forzosa por incumprimento da función social da propiedade. En canto a esta última, a LRSV supuxo a introducción de substanciais modificacións.

Chegados a este punto resulta imprescindible realizar algunhas precisións sobre o que a Lei 8/90 entendeu por función social da propiedade no ámbito urbanístico. A configuración deste principio na citada norma supuxo unha clara desviación do obxectivo constitucionalmente buscado a través do mesmo. É evidente que non é o mesmo impedirlle ó propietario a realización de utilidades privadas, sen que simultaneamente se satisfagan necesidades públicas, que esixirle a utilización empresarial da súa propiedade ó impoñerlle o cando e o como ha de facer uso dela. O propietario ten o dereito inalienable de poder exercer-lo seu dereito ou non facelo, e a lei non pode substituílo ó amparo do disposto nos artigos 33 e 38 da CE. Se ben o TC ratificou a constitucionalidade da imposición de deberes positivos sobre a explotación da propiedade, non creo que se lle poida impoñer calquera tipo de deberes ó propietario e, en particular, deberes positivos de explotación. A función social da propiedade non permite obrigar a unha actuación empresarial que como tal transcende do dereito de propiedade, e si permite, en cambio, impedirle ó propietario unha utilización –ou non utilización– antisocial dese dereito. O que conseguiu o lexislador foi establecer unha férrea disciplina e un alto nivel de intervención administrativa sobre o solo, mantendo, á vez (o que non deixa de resultar incongruente) o sector urbanístico dentro do ámbito do privado. Desta maneira conseguiuase a cuadratura do círculo: que o

sector público reservase o control da actividade urbanística sen asumilo custo que lle representaría a reserva do elemento material sen o cal aquela non é factible. Esta situación é a causa da actual redefinición do modelo urbanístico que o fai compatible coa garantía constitucionalmente establecida do dereito de propiedade, porque se ben resulta evidente que o propietario de certos bens non pode subtraelos á función social á que están sometidos, non o é menos que, en ningún caso, debe verse obrigado á explotación privada dun ben co obxectivo de satisfacer necesidades públicas, ó substituírse a súa libre iniciativa para o uso pola iniciativa administrativa.

Afirma González Pérez que de acordo coa normativa prevista na LS de 1992 se establecía un réxime de expropiación-sanción a tódolos supostos de incumprimento dos deberes urbanísticos. O artigo 207, LS, contemplaba dous casos de expropiación por incumprimento social da propiedade, de natureza ben distinta: mentres os do apartado a) consistían na inobservancia dos prazos no cumprimento dos deberes urbanísticos, o apartado b) contemplaba os supostos de auténtica transgresión xurídico-administrativa. En realidade –continúa o autor– non se sometían estes supostos a un réxime expropiatorio distinto dos demais. Todos se reconducían ó mesmo ríxido sistema de reducir drasticamente a indemnización, ó tomar en consideración unicamente “o valor correspondente ó grao de adquisición das facultades urbanísticas”. Ó mesmo tempo, o artigo 217 excluía destas expropiacións a posibilidade do pago por adxudicación de terreos, o que supoñía unha auténtica sanción, sen as garantías esixidas para o exercicio da potestade punitiva. Sen embargo, esta situación de auténtica confiscación para os propietarios resolveuna a Lei 6/98, ó incluílo seu artigo 23 unha cláusula xenérica, que engloba tódolos supostos de expropiación e a súa conseguinte valoración e, na que non se distingue a finalidade que a motivase e a lexislación que a lexitime. Con esta formulación dáse un paso máis na loita contra a especulación urbanística que se derivaba das expropiacións que tiñan como fundamento a función social da propiedade, xa iniciada pola doutrina do Tribunal Supremo na Sentencia do 29 de xaneiro de 1994, que excluía a aplicación do valor inicial no caso de expropiacións de solo de inmediata incorporación ó proceso urbanizador e edificatorio.

Os “supostos indemnizatorios” previstos na Lei 6/98 reciben un tratamento que se centra nun estudio profundo da teoría da responsabilidade das administracións públicas como consecuencia da actuación urbanística. De particular interese resulta a análise da responsabilidade concorrente derivada da alteración da formulación (páx. 721 e segs.) a través da Sentencia do TS do 15 de no-

vembro de 1993. O fundamento xurídico noveno desa sentenza establece unha doutrina realmente innovadora sobre responsabilidade solidaria, que fundamenta nas esixencias da boa fe e da seguridade xurídica que han de inspira-las relacións da Administración pública co cidadán. A alteración da formulación antes de transcorrer-lo prazo previsto no plan para a súa execución ou antes do prazo razoable para iso que ha de estimarse implícito en todo plan, supón defrauda-la confianza que nel depositara o administrado, que, precisamente por esta confianza, comezara a realiza-los traballos –cos gastos consecuentes– dirixidos á súa execución. E a modificación prematura da formulación supón, ademais, un funcionamento anormal do servizo, ó elabora-la formulación sen preve-las circunstancias que ían determina-la necesidade da modificación. Se as circunstancias non foran previsibles, podería cualificarse de normal o funcionamento do servizo, pero iso non suporía unha exención da responsabilidade.

Unha vez máis a obra periódica e puntual de González Pérez, da que outras moitas cuestións poderían comentarse, achéganos á realidade lexislativa e práctica do noso urbanismo, con inxente acumulación, ademais, de imprescindible xurisprudencia. Hai que darlle as grazas polo seu estudo, sobre todo neste difícil ámbito urbanístico. E tamén pola súa constancia admirable. Se se me permite, e apelando a Tirso, diría:

“No cobra valor ni medra
la ociosidad regalada
que una gota continuada
rompe la más dura piedra”.

Pablo González Mariñas

Profesor titular de dereito administrativo.
Universidade de Santiago de Compostela

III Simposio de historia da Administración pública

Varios autores

EGAP, Santiago, 1997

En maio de 1997, celebrouse na EGAP o III Simposio de historia da Administración, ó que asistiron coñecidos especialistas nesta materia. O simposio estaba dedicado á figura do facendista galego Luis López Ballesteros (1782-1853) e algúns dos relatorios versaban directamente sobre el, aínda que a maioría se referiron á temática xeral da historia da Administración. A presente obra recolle seis relatorios que se presentaron naquelas xornadas e inclúe ademais dúas comunicacións. Imos referirnos brevemente a todos estes traballos.

O primeiro relatorio é de Alejandro Nieto García e titúlase “As retribucións dos funcionarios nos primeiros anos do Estado constitucional”. O autor enfoca o seu estudo dende a “angustia económica xeral” que caracteriza a Administración da primeira metade do século XIX, e que loxicamente influirá na función pública. O traballo céntrase fundamentalmente nos anos seguintes á morte de Fernando VII (1833).

O primeiro apartado versa sobre as incompatibilidades orzamentarias e políticas. O autor baséase en distintos reais decretos promulgados despois da morte de Fernando VII, nos diarios de sesións do Congreso dos Deputados e nas actas do Consello de Ministros. Noutro apartado analízase a ausencia de vacantes e a prohibición de crear outras novas, froito da escaseza do Estado que provoca o que o autor denomina “conxelación de provisións”. Pero non só había conxelación de vacantes senón que incluso se chegou ás rebaixas dos soldos dos funcionarios. É significativo neste sentido o texto do Real decreto do 19 de setembro de 1836 que establece a necesidade de que “os empregados de tódalas carreiras do Estado contribúan ós gastos da presente guerra cunha parte dos haberes dos que gozan”. Sobra dicir que se refire á primeira guerra carlista.

Alejandro Nieto sinala o atraso e a irregularidade que caracterizaba o pagamento dos empregados públicos. Proporciona varios exemplos da demora no pagamento de soldos e nas xubilacións e pensións, que sen dúbida crearían circunstancias dramáticas entre os que o sufrían. De seguido Nieto analiza o importe dos soldos dos funcionarios de diferentes departamentos (Ministerio de Facenda, Ministerio de Gracia e Xustiza, Consello Real de España e Indias). A conclusión de Nieto é que estes soldos eran inferiores ós proporcionados no ámbito privado, o que motivaba que algúns funcionarios públicos abandonasen o servizo atraídos por outras ofertas superiores. As restriccións presupostarias facían que se atrasase a idade da xubilación, que nun principio se estableceu ós cincuenta anos. A contía da pensión de xubilación establecíase en función do maior soldo percibido e dos anos de servizo. As pensións pagábanse coa mesma demora cós soldos dos funcionarios en activo.

En definitiva, Nieto realza a penuria económica que tivo o nacente Estado constitucional á morte do rei Fernando VII, que loxicamente incide nos emolumentos dos servidores públicos.

Pegerto Saavedra presenta a continuación o traballo titulado “A Administración señorial”. Saavedra céntrase fundamentalmente no século XVIII. O autor sinala que en Galicia a Administración señorial ten un interese especial, pois segundo os diversos padróns do século XVIII (1752, 1760, 1787) só un 10% da poboación vivía en territorio de reguengo, o que quere dicir que a grande maioría caía baixo a xurisdicción de institucións eclesiásticas e casas da nobreza. As xurisdiccións señoriais atopábanse no ámbito xudicial e económico subordinadas a un centro (único para unha casa, por exemplo a de Altamira, ou varios correspondentes a antigas casas logo agregadas). Este centro situábase normalmente nunha cidade ou vila. Alí residían, entre outros, un alcalde maior ou administra-

dor xeral, os contadores, o arquivista, o escribán da audiencia e o alguacil maior. Nas xurisdiccións residen os xuíces ordinarios, escribáns, procuradores de casas, e mordomos. Pegerto Saavedra analiza no seu traballo distintos casos de xurisdiccións (a casa de Lemos, a de Altamira, entre outros).

Co paso do tempo a evolución da Administración señorial viuse condicionada polas disposicións da monarquía, que limitaban certas facultades das xurisdiccións. Resulta interesante a apreciación de Saavedra sobre a evolución das matrículas dos estudos de leis na Universidade compostelá, nas que se ve un grande aumento polas oportunidades que se lles abrían ós xuristas no mundo da Administración real e señorial.

O seguinte relatorio titúlase “Caciquismo e funcionariado en Galicia no século XIX” e redactouno Xosé Ramón Barreiro Fernández. Para Barreiro unha das características do novo Estado implantado pola revolución liberal é a “despatrimonialización” do mesmo como contrapunto ó que ocorría durante o antigo réxime. O empregado público xa non será un servidor do rei senón da nación, e isto supón unha concepción impersoal do servizo público. A aparición do Estado liberal supón o deseño dunha nova organización administrativa en España. Os lexisladores optarán por un modelo unitario e centralista, que aseguraba máis o control da sociedade.

Barreiro sinala que durante o século XIX, os funcionarios públicos careceron dun estatuto que garantise a súa estabilidade e independencia. “A revolución liberal –con palabras de Barreiro– irrompeu no contexto da modernidade liberal: unha nova filosofía política, unha nova semántica, unha inédita representación política, unha nova Administración”.

A aparición dunha nova Administración atopou boa recepción nas cidades galegas, que as dotaba de máis poderes e de orzamentos máis altos. Pero no mundo rural non ocorreu o mesmo, e isto non por oposición á ideoloxía liberal senón por descoñecemento. A nova situación non encaixaba no mundo rural tradicional. Precisamente aquí ve Barreiro a razón da aparición do caciquismo. O cacique era a ponte que unía a nova Administración co campesiñado. O cacique coñece os mecanismos do mundo funcional e convértese nunha figura primordial para os gobernadores civís, pezas fundamentais da Administración decimonónica. Establécese así o que Barreiro denomina “convivencia fructífera para ambos”. O cacique asegura o éxito nas eleccións e a cambio asume poderes e influencia, xa que teñen capacidade para designar-los alcaldes, os secretarios, os escribáns, etc.

O seguinte capítulo é de Pablo González Mariñas e titúlase “Don Luis López Ballesteros e a Administración española”. O au-

tor define a Ballesteros como personalidade “complexa e senlleira”. Ministro durante moito tempo no reinado de Fernando VII, é autor dunha grande obra política e lexislativa. Para Mariñas é no ámbito da Facenda pública onde “a súa pegada foi máis forte”.

O primeiro tercio do século XIX son anos de paso do antigo ó novo réxime. Hai unha transición ideolóxica, que loxicamente repercute na Administración. De tódolos xeitos, perviven as antigas xurisdiccións cos seus particularismos e resiste aínda o sistema de consellos; o sistema económico segue a ser precapitalista. É unha etapa de confusión. No ámbito burocrático sucede algo semellante. O cambio burocrático tarda moito tempo en callar en España. Permanece durante tempo a imaxe do funcionario absolutista.

Ballesteros é unha personalidade polémica para os estudiosos (Mariñas proporciona diversos xuízos, sobre a súa figura, de Federico Suárez, Ramón Carande, Raymond Carr ou Josep Fontana). Para este último autor Ballesteros propuña unha vía intermedia entre o absolutismo e o liberalismo, “un despotismo ilustrado posto ó día”.

Mariñas incide no pragmatismo de Ballesteros e no seu afán de conciliación. Deste xeito pódese entender que fora ministro de Facenda durante dez anos (1823-1833), mentres que durante case outros dez (1814-1823) houbo doce ministros do ramo.

O primeiro que destaca Mariñas do labor de Ballesteros é a creación da “Real Xunta Consultiva de Goberno” en 1825. Este zórgano tivo curta vida, pero recibiu numerosos eloxios entre eles os de Pi y Margall. Acababa de crearse o Consello de Ministros (1823) e a figura do Consello de Estado estaba esvaecida. Esta Real Xunta Consultiva debía aconsella-las grandes medidas do Estado, sobre todo as de tipo económico e tributario.

Mariñas destaca, a continuación, a reforma administrativa da Facenda pública, que emprende López Ballesteros cun certo tecnocratismo. Mariñas sinala a importancia da “Instrucción xeral para a dirección, administración, recadación, distribución e conta da Real Facenda” do 3 de xullo de 1824, que define o sistema administrativo da Facenda.

O 10 de outubro de 1830 restablécese o Ministerio do Interior por obra de Ballesteros. A súa creación era conflictiva debido ós antecedentes gaditanos e bonapartistas que tiña esta institución. Segundo Mariñas, Ballesteros tivo “unha decisiva influencia na creación deste ministerio, que non vai xa desaparecer, e que terá un preponderante papel na consolidación do chamado *Estado administrativo*”.

O último punto que trata Mariñas é o da reforma burocrática, que na súa opinión é quizais o máis destacable de Ballesteros. Mariñas cita diversas ordes e circulares (con doses de obxectividade,


racionalidade e modernización) dos anos 1824, 1825, 1827 e 1828, que non se cinguen só ó ámbito da Facenda pública, por máis que este departamento era o que tiña o persoal máis numeroso de toda a Administración pública naquela época.

O seguinte capítulo titúlase “A selección dos funcionarios públicos de 1808 a 1964”, e elaborouno José Ignacio Morillo-Velarde Pérez. Este autor estudia os factores de mérito e capacidade como criterios de acceso ós empregos públicos durante eses anos. Durante boa parte do período, estes factores “enténdense como unha pauta, máis orientativa que vinculante, para o exercicio da potestade de nomeamento e ascenso dos funcionarios”. Será a fins do século pasado e principios do presente cando comezan a establecerse mecanismos que fan efectivos os principios de mérito e capacidade para o ingreso na función pública. De seguido, Morillo estudia a evolución dos sistemas de selección dos funcionarios dende principios do XIX ata a reforma de 1963-64. Fala primeiro da selección dos funcionarios dos corpos especiais. A continuación estudia brevemente os diversos estatutos de funcionarios: o Estatuto de López Ballesteros do 19 de agosto de 1825 (no que ve un claro intento de profesionalizalo persoal ó que se dirixe, fundamentalmente o da Real Facenda), o Estatuto de Bravo Murillo do 10 de xuño de 1852, e o Estatuto de O’Donnell do 4 de marzo de 1866. De seguido fala da función pública e do Exército e da Armada. O último apartado está dedicado a unha breve síntese do período que vai do Estatuto de Maura do 22 de xullo de 1918 ata a Lei de funcionarios civís do Estado, xa na época de Franco, da que o seu marco xurídico de selección dos funcionarios públicos, coas modificacións dos anos oitenta, aínda pervive.

O último relatorio é de Jesús Lalinde Abadía e titúlase “Responsabilidade de oficiais e funcionarios (Tipoloxía procedementa histórica)”. Este capítulo trata do réxime disciplinario dos funcionarios, fundamentalmente na época medieval.

O primeiro dos procedementos que estudia Lalinde é a denominada *pescuda*, que debeu aparecer no século XIII e é propia dos reinos de León e Castela. A *pescuda* “supuxo a conciencia da necesidade de controlar, o poder público, a actuación dos seus axentes”. Estudia despois a *inquisición* como principio procedementa xeral. Con este carácter aparece no século XIII no Reino de Aragón e sobrevive ata o mesmo século XVIII. Despois trátase da *residencia*, que ten a súa orixe nas *Partidas* e que se suprimirá no ano 1799. A denominada *purga de taula* é un procedemento do que Lalinde Abadía foi un dos seus primeiros estudiosos. Era un medio de esixencia de responsabilidade dos oficiais reais en Cataluña, que aparece, na práctica, en 1283 e desaparece con tal denominación en 1716. Despois Lalinde trata da *visita*, que presenta analogías coa

residencia e a purga de taula, e aparece na idade moderna co fin de conseguilo bo funcionamento dos órganos colectivos da Administración. O seu principal defecto foi o grande custo que supuxo para a Real Facenda. Elixíanse visitadores entre xuristas notables, co fin de frear abusos das autoridades periféricas. O seguinte procedemento que estudia Lalinde é a reparación de *agravios*, que constituía o recoñecemento por parte do rei e dos seus oficiais da posible lesión de dereitos subxectivos. Lalinde Abadía analiza tamén o *expediente disciplinario*, figura xa da nosa época.

No final desta obra inclúense dúas comunicacións. Na primeira (“As reformas de López Ballesteros na función pública”, de Ignacio López-Chaves Castro) estúdiáanse fundamentalmente dúas disposicións de López Ballesteros (a “Real orde que prescribe a instrucción e circunstancias dos aspirantes a empregos da Real Facenda”, do 19 de agosto de 1825, e o *Estatuto* de López Ballesteros de 1827). Na segunda comunicación (“O funcionariado na doutrina galeguista: ¿Visión fondamente social ou interesadamente política”, de Álvaro X. López Mira) analízanse, os distintos enfoques sobre a Administración e os seus funcionarios, en diversos textos de personalidades galeguistas, no programa do Partido Galeguista e no Estatuto de Galicia de 1936. Como resumo final cabe dicir que na presente obra se recollen un conxunto de traballos de temática dispar, aínda que todos eles interesantes, que axudarán a comprende-la influencia que tivo na sociedade a función pública e, por extensión, a Administración, ó longo da nosa historia. 

Xosé Luís Mínguez Goyanes

Doutor en historia.
Corpo Superior da Administración
da Xunta de Galicia

La justice constitutionnelle en Europe

Dominique Rousseau

Montchrestien, 2ª ed., París, 1996, 158 páxinas.

O prestixioso autor desta obra é profesor da Universidade de Montpellier I e director do Centre d'Études et Recherches comparatives, constitutionnelles et politiques. Nesta ocasión trata de ofrecer, dun xeito sumario, unha visión global do que é, e do que supón a xustiza constitucional no noso continente. Acode, para iso, tanto a reflexións de corte xeral como a datos concretos referidos a ordenamentos determinados. Así as cousas, fai unha visión histórica do tema, aborda a súa xustificación, ofrece os trazos organizativos e funcionais dos tribunais constitucionais europeos na actualidade, e dá conta dalgunha das liñas xurisprudenciais que poden predicarse comúns dos ditos órganos.

O recurso ó método do dereito comparado está presente ó longo de todo o traballo, ofrecéndonos datos, tanto lexislativos como xurisprudenciais, de Alemaña, Austria, Bélxica, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Hungría, Italia, Irlanda, Xapón, Polonia, Portugal, Roma-

nía, Suecia e Suíza. En ocasións, estes datos resultan demasiado amoados, co que afastan o lector do fío argumental que nese momento se estaba seguindo. Quizais iso se puidera resolver cun maior emprego de notas ó pé, moi escasas, ou coa utilización de cadros comparativos das diversas regulacións nacionais. Por outra parte, é evidente que o recurso ó iuscomparativismo non significa unha simple acumulación de datos positivos senón unha análise simultánea das distintas previsións nun aspecto dado, co que se pretende extraer unha serie de tendencias e conclusións útiles para o fin que se persegue, que non pode ser comparar por comparar. Isto si que o fai con especial corrección e coidado o autor.

Para situa-lo tema, abórdanse dúas cuestións con afán introductorio. Por un lado, alúdese á historia da xustiza constitucional, para o cal se acode tanto á orixe da institución como ó desenvolvemento desta. Isto efectúase seguindo os patróns clásicos, é dicir, diferencia-lo modelo americano, nado baixo a égida do xuíz Marshall, e o modelo europeo, producto da obra de Kelsen. Bótase en falta algunha referencia a algo que parece evidente na actualidade: a superación destes dous tradicionais modelos e a confluencia das súas pretendidas características. No desenvolvemento da xustiza constitucional distínguense tres etapas, correspondentes, unha, ó momento posterior á Primeira Guerra Mundial, outra, ó momento posterior á Segunda Guerra Mundial, e a terceira, ós anos setenta. Tamén se fai unha especial referencia ó nacemento desta institución en Europa Central, onde o impulso se produce dende o ano 1990.

A outra cuestión que pretende ter carácter introductorio é a referida á lexitimidade da xustiza constitucional. Hoxe, a súa xustificación parece un tema superado por motivos da máis variada índole. Non obstante, o autor cre conveniente entrar nel. Non hai que esquecer que o ambiente xurídico do que procede, o francés, foi un dos máis reticentes en aceptar que a lei só pode valer dentro dos límites constitucionais, e que resulta necesario garantir, a través da xustiza constitucional, a supremacía da norma básica. Son diversos os razoamentos que utiliza para sustenta-la lexitimidade do control da constitucionalidade por un órgano xurisdiccional, entre os que destaca o respecto dos dereitos fundamentais, o presuposto do cal é a disociación entre gobernantes e gobernados (se hai diferenza entre a vontade duns e doutros, o control da lei votada por aqueles non é contrario ó principio democrático), e o control dos poderes, que é o trazo esencial da democracia, dado que a idea de sufraxio universal non é, nin moito menos, suficiente. A eles poderíaselles engadi-la garantía das minorías, a defensa da propia supremacía da Carta Magna, e a integración con base en valores que teñen lugar a través da xurisprudencia constitucional.

A análise do estado actual da xustiza constitucional en Europa faise partindo da organización desta. Neste sentido, o estudio comparado das regras de designación revela a existencia de distintos sistemas de elección ou de nomeamento dos xuíces constitucionais, que deben cumprir unha serie de condicións, referidas xeralmente á súa formación profesional, para que teña lugar a dita designación e, tamén deben respectar un conxunto de incompatibilidades co fin de que a súa función non se vexa cuestionada. Sen dúbida, asegura-la autonomía e a independencia do xuíz constitucional é condición *sine qua non* para o éxito das altas tarefas que ten encomendadas. Na marxe da asistencia xurídica da que acostuman dispoñer os xuíces constitucionais, o funcionamento dos tribunais constitucionais ofrece distintas posibilidades na medida en que adoitan estar divididos en cámaras ou seccións, ademais de actuar, noutros casos, en sesión plenaria.

A análise dos aspectos adxectivos que ofrece o presente traballo responde, de novo, a un esquema clásico e suficientemente coñecido. Deste xeito, diferencia entre control *a priori* e control *a posteriori*. Este resulta o máis adecuado, por non dici-lo único adecuado, malia que o autor non o ve con tanta claridade (de novo encontramos outro reflexo do ambiente xurídico francés, no que o control é *a priori*). Só cun control *a posteriori* se pode ir adaptando a interpretación constitucional á realidade do momento histórico en que ten lugar, co fin de que se cumpra, así, a elemental finalidade xurídica de disciplinar con corrección e xustiza a realidade social. Ademais, a lei interpretada pode contemplarse de moi diferente forma en función do contexto histórico no que ten lugar a operación hermenéutica, de forma tal que o que agora se entende como constitucional, ó mellor é visto como inconstitucional no futuro, e viceversa. Para maior abastanza, cabe indicar que o control *a priori* xera dúbidas en canto ó carácter xurisdiccional do mesmo, posto que o principio de contradicción é difícil que se cumpra.

Pero esta non é a única clasificación das modalidades de control que se recolle no traballo. Tamén se alude á diferencia entre control abstracto, concreto (pártese, a diferencia do suposto anterior, dun caso xudicial ordinario e determinado, que presenta carácter subxectivo en tanto en canto os lexitimados defenden intereses propios) e con base nunha demanda individual. Os dous primeiros eran os únicos que se adoitaban ter en conta, pero a aparición do que poderíamos chamar accións populares, é dicir, da posibilidade de que calquera persoa incoe un procedemento de inconstitucionalidade desligado dun caso concreto, fai que teña pleno sentido introducir un ítem máis. En canto ó obxecto do control é subliñable que non só se faga referencia ós actos positivos se-


nón tamén ás omisións do lexislador. Se a Constitución é auténtica norma xurídica, a súa vulneración pode provir tanto por acción como por unha inacción. Do mesmo xeito aténtase contra a súa supremacía tanto realizando un acto contrario a ela como non desenvolvendo un precepto constitucional que conteña tal obriga de desenvolvemento. O fin do proceso constitucional vai máis alá do binomio sentenza estimatoria da inconstitucionalidade-sentencia desestimatoria. A práctica ofrécenos outras modalidades de sentencias (de inconstitucionalidade parcial, de simple inconstitucionalidade, apelativas, constructivas ou manipulativas, interpretativas...) o estudo das cales é un dos temas máis complexos que a actualidade ofrece no campo do dereito público. Neste traballo déixase ver con corrección a punta dese iceberg.

O último bloque do libro dedícase a mostrar algunhas das liñas xurisprudenciais que, nun ou noutro sentido, son comúns ós distintos órganos de xustiza constitucional no noso continente e que afectan ó sistema político do país en cuestión. Neste sentido a xustiza constitucional cumpre un papel tanto protector como innovador. Respecto do primeiro hai que destaca-la protección dos dereitos fundamentais, articulada esta a través dunha serie de ideas que o autor cualifica de dereito común: protección dos principios da economía social de mercado e da sociedade pluralista. De igual forma, estes órganos protexen as competencias das distintas entidades estatais, xa no sentido da distribución territorial do poder (sería o conflito de competencias español), xa respecto das atribucións dos entes centrais (o conflito de atribucións no noso país). Pero como tamén dixemos, o labor da xustiza constitucional aparece cun forte sentido innovador, que se deixa sentir con forza, por exemplo, na mutación que tivo a idea da lei como expresión da vontade xeral o que provocou unha transformación do sistema constitucional que se coñecía anteriormente. Iso resulta en Francia especialmente significativo. Así as cousas, o autor aventúrase a apuntar unha nova configuración política que xira ó redor da figura do xuíz constitucional e que evoluciona cara a unha democracia continua que vaia máis alá da democracia representativa. Por certo, o tema da democracia continua xa o investigara con anterioridade este profesor galo, posto que coordinou un libro colectivo con ese título un ano antes de que saíse á luz a obra por nós comentada.

Estamos, en definitiva, ante un traballo que persegue dar conta con sinxeleza da situación actual da xustiza constitucional en Europa, anque, iso si, renuncia a entrar en análises exhaustivas que, sen dúbida, lle darían unha complexidade da que parece fuxir o autor. Non obstante, non podemos esquecer que unha verdadeira percepción cun fundado coñecemento de causa do que é o auténtico papel dos órganos de xustiza constitucional no continente,

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

só se pode lograr cunha investigación máis densa e reflexiva, en canto ó fondo, cá ofrecida neste traballo. Hoxe, na maioría dos países europeos, os tribunais constitucionais desempeñan un papel esencial no discorrer do sistema político e revélanse como un compoñente básico na forma de Estado democrática. Deste xeito, parafraseando o propio Domenique Rousseau, o control de constitucionalidade convértese nun elemento distintivo e característico dun réxime democrático, no mesmo nivel cá separación de poderes, a independencia do poder xudicial, a liberdade de voto e o pluralismo dos partidos políticos e dos medios de expresión.

Sexa como for, a finalidade informativa xenérica que buscaba o autor si que a consegue sobradamente. Neste labor non só permanece no terreo descritivo e expositivo, tanto dos aspectos normativos como das achegas doutrinais, senón que tamén cruza de maneira exitosa en diversos momentos o campo da sistematización e da explicación. 

José Julio Fernández Rodríguez

Profesor de dereito consitucional.
Universidade de Santiago de Compostela

Normas para a presentación de orixinais

1. Os traballos serán orixinais, non publicados nin total nin 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 a través dos que se poida clasifica-lo artigo.
6. Baixo o título colocarase o nome do autor ou autores, e incluírase 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. Acompañarase a versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recolleranse ó final do manuscrito en folla á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situaranse ó final do traballo e en

orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

Libros:

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

Artigos:

AUTOR (ano): Título do artigo, 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, remítiranse 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. Achegaranse o enderezo postal e o 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