



Justicia
Justicia

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa
Administrativa

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

CONSEJO ASESOR

Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. **Javier Barnés Vázquez** PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. **Antonio Embid Irujo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. **Germán Fernández Farreres** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. **Javier García Roca** CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE VALLADOLID. **Francisco López Menudo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. **Ángel Menéndez Rexach** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. **Luis Ortega Álvarez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. **Manuel Rebollo Puig** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA. **Joaquín Tornos Mas** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

SECRETARÍA TÉCNICA

Margarita Beladiez Rojo

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 2000

EDICIÓN	EDITORIAL LEX NOVA, S.A.
	General Solchaga, 48 47008 Valladolid
TELÉFONO	902 457 038
FAX	983 457 224
E-MAIL	atn.cliente@lexnova.es
IMPRESIÓN	Simancas Ediciones
ISSN	1139-4951
DEPÓSITO LEGAL	VA. 777/1998

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova. La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Sumario:

El nuevo conflicto en defensa de la autonomía local	[5]
JAVIER GARCÍA ROCA	
Las competencias como paradigma de la autonomía local	[33]
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ	
La redistribución de competencias entre los órganos de gobierno de las Entidades Locales	[55]
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN	
Moción de censura y cuestión de confianza en las Corporaciones Locales	[71]
ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ	
Entidades supramunicipales y Comunidades Autónomas	[95]
TEODOSIO GONZÁLEZ DEL TESO	
Los recursos administrativos en la Administración Local	[113]
CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA	
Medios alternativos de resolución de conflictos en la Administración Local	[133]
ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN	
El conflicto interadministrativo local: novedades en la LRBRL y en la LJCA	[149]
ELOÍSA CARBONELL PORRAS	
El estatuto político de los cargos electos locales	[163]
ANTONIO DOMÍNGUEZ VILA	
Situación y perspectivas de los funcionarios de la Administración Local con Habilitación Nacional	[207]
LUIS MORELL OCAÑA	
La Carta Municipal de Barcelona en la reforma del régimen local	[231]
TOMÁS FONT I LLOVET	

El nuevo conflicto en defensa de la autonomía local¹

JAVIER GARCÍA ROCA

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid
Letrado excedente del Tribunal
Constitucional

Sumario:

A) Nuevos problemas y círculo de ansiedades: el efecto contaminante del amparo constitucional. B) Un conflicto en defensa de la autonomía local a instancias de sus propios titulares: el conflicto local. C) ¿Garantía institucional o configuración constitucional de la autonomía local? D) El lugar en el bloque de la constitucionalidad de la Ley de Bases de Régimen Local y de la Carta Europea de Autonomía Local. El papel diferenciador de los Estatutos de Autonomía. E) Un conflicto frente a leyes y a instancia de entes públicos. F) La legitimación selectiva como regla general: un conflicto en interés de Constitución. Regímenes singulares y excepciones. G) El diseño de una fase previa al proceso constitucional: la función consultiva estatal o autonómica y la lógica de la subsidiariedad. H) El cómputo de los plazos de impugnación. I) El trámite de inadmisión. J) La constitucionalidad de un conflicto directo frente a leyes, pero la inconstitucionalidad de una pretensión anulatoria directa de la ley a instancias de los entes locales: un conflicto en esencia indirecto. K) El complejo resultante de dos procedimientos: un conflicto declarativo y una posterior autocuestión que determina en su caso la nulidad. L) Reflexión final. Bibliografía.

(1) He resumido y, en parte, reelaborado un artículo más extenso que acaba de ser publicado por el INAP (MAP), en una obra colectiva sobre el Pacto Local, titulado "Sobre el Estado de tres términos y la dimensión de hermenéutica constitucional que introduce el nuevo conflicto en defensa de la autonomía local: temores y círculo de ansiedades".

A) NUEVOS PROBLEMAS Y CÍRCULO DE ANSIIDADES: EL EFECTO CONTAMINANTE DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

Acaba de aprobarse la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE del 22 siguiente) por la cual se le otorga una nueva competencia: los conflictos en defensa de la autonomía local. Una de las leyes promulgadas en virtud del llamado “Pacto Local”. El largo e intenso debate sostenido desde hace casi dos años entre representantes de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Justicia, diversos profesores de Universidad, parlamentarios de diferentes Grupos, y miembros del asociacionismo local, en particular, la FEMP, así como la postrer intervención del Consejo de Estado, son datos que evidencian que no estamos ante una reforma legislativa que pueda ser tachada de prematura. El texto definitivo de la iniciativa legislativa fue fruto, en suma, de muchas aportaciones y de una larga discusión. No cabe pensar, pues, que la innovación no haya sido convenientemente discutida, aunque bien es verdad que sólo la fortuna conoce la vida futura de los hombres y sus regulaciones. Y, ciertamente, las múltiples dificultades técnicas del complejo nuevo procedimiento acrecientan algo las dosis de indeterminación. Mas, como veremos, sin acometer la reforma de la Constitución, con simples medidas de ingeniería constitucional no era sencillo resolver el problema: la configuración de una nueva acción.

Durante ese debate, la actitud de bastantes juristas, diríase que ansiosa, y no exenta de prejuicios, al deliberadamente situarse extramuros de cualquier verdadero intento de solución del problema, me ha despertado cierta inquietud intelectual. Contrasta fuertemente la práctica unanimidad de los grupos políticos en la voluntad política de acceder a las legítimas pretensiones del municipalismo (el proyecto recibió una única enmienda a la totalidad, de devolución, del BNG), con las resistencias (expresas o larvadas) de bastantes juristas, ya no al diseño del nuevo proceso (cuestión técnicamente muy discutible), sino a la propia conveniencia del acceso directo de las entidades locales a la jurisdicción constitucional. Acaso se deba al carácter excesivamente conservador de la formación del jurista, secuela probablemente deducible de la misma actividad prudente en la que la *iuris prudentia* consiste por ventura de los delicados y complejos intereses sobre los que su oficio se proyecta. No en balde cualquier verdadera nueva categoría jurídica tarda varias décadas en asentarse en un ordenamiento constitucional y debe antes superar el banco de pruebas de la experiencia. Pero uno debe intentar prevenirse de ciertos excesos. Los temores, en definitiva, como en cualquier ámbito, crean ansiedades y no son buenos consejeros tampoco para la razón del jurista.

El fantasma, además, —creo— procede de la larga sombra que proyecta una figura de existencia real. El crecimiento desmesurado, congénito e incontenible del recurso de amparo distorsiona todo el modelo de justicia constitucional, lo contamina y es causa de no pocas impaciencias y cerrazones. Un Tribunal Constitucional agobiado con millares de recursos de amparos (5.441 en 1998, amparos son el 94,5 por ciento de los 29.814 asuntos ingresados hasta 1994), ocupado permanentemente en labores de estudio de pequeños asuntos, en inadmitir y desestimar esos recursos, que sólo muy excepcionalmente se estiman

(alrededor de un 3 o un 4 por ciento); concentrado en menesteres con una fuerte dimensión subjetiva, conexas a las situaciones jurídicas de concretos ciudadanos. Mas no debe ocultarse que, precisamente, actuando así, al modo de cualquier Tribunal ordinario de justicia, se acaba por obstaculizar el desempeño de otras labores dotadas de una dimensión objetiva y de mayor relevancia; las *Hauptfunktion* o funciones principales que identifican a un órgano constitucional y del cual deriva su nombre. Deberíamos reconocer esta situación anómala como una patología de la justicia constitucional (un conflicto positivo puede tardar hoy en resolverse siete u ocho años, algún asunto se ha resuelto incluso a los diez), unas estructurales dilaciones indebidas, abandonar la autocomplacencia y acometer su saneamiento mediante la cirugía; y sin hipergarantismos, es decir, sin asumir costes futuros que antes o después dejarán de poder pagarse; no en balde, el amparo constitucional frente a resoluciones judiciales y administrativas no deja de ser un lujo, por su carácter subsidiario del amparo judicial y ordinario. Algo serio debe cambiarse en nuestro modelo de justicia constitucional, sin prisas, pero sin pausas; asumirlo es el primer paso.

Si las tareas objetivas sobre las que se insta la función pacificadora del Tribunal Constitucional se encuentran directamente conectadas con la hermenéutica e interpretación de la Constitución y con la salvaguardia de la división territorial del poder entre diversas entidades públicas de base territorial, dotadas de direcciones políticas pluralistas y potencialmente divergentes, según ocurre claramente con la defensa de la autonomía local, rechazar u obstaculizar su desempeño se hace todavía más difícil de entender. Es menester robustecer la posición en el Estado de los Ayuntamientos democráticos, clarificar su espacio y superar sus insuficiencias competenciales y financieras; y el Tribunal Constitucional con su poder de impedir y capacidad de motivar y fundamentar puede hacer mucho al respecto.

Más aún cuando en nuestro ordenamiento se suscitan hoy en día cuestiones de fondo políticamente tan serias y jurídicamente tan interesantes, y de las que ya conoce el propio Tribunal Constitucional por otros itinerarios procesales algo forzados, como, v. gr., son las que ha analizado la importante STC 109/1998 sobre el llamado Plan Único de la Generalidad de Cataluña para la inversión de los recursos de las Diputaciones Provinciales; todo un debate sobre el lugar de la autonomía provincial y su autónoma potestad de gasto, una cuestión que dista de estar resuelta con la flexibilidad que la

**DE ENTRE LAS DIVERSAS
LEYES DICTADAS EN VIRTUD
DEL “PACTO LOCAL” SE
ENCUENTRA LA LO 7/1999,
QUE MODIFICA LA LEY
ORGÁNICA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PARA
OTORGARLE UNA NUEVA
COMPETENCIA:
EL CONOCIMIENTO DE LOS
CONFLICTOS EN DEFENSA DE
LA AUTONOMÍA LOCAL**

diversidad de situaciones en cada Comunidad Autónoma reclama. O, por mencionar otra muestra, la reciente STC 11/1999 sobre la Ley asturiana de disciplina urbanística que contemplaba una injustificable sustitución de las competencias municipales por parte de la Administración autonómica en algunos censurables supuestos de control de legalidad; de nuevo, una inadmisibles forma de tutela de entes locales autónomos a veces todavía contemplados como entes menores al igual que en su posición preconstitucional. Estas cuestiones no son baladíes y, por el contrario, atañen a algunos de los problemas más relevantes y todavía no plenamente resueltos en la actual fase de desarrollo del Estado autonómico.

La situación procesal actual es tan forzada que el propio Defensor del Pueblo se ha visto obligado a recurrir —en vez de los mismos entes locales afectados— la Ley de Presupuestos de 1999 para defender la suficiencia financiera de algunos Ayuntamientos e impedir su indefensión; circunstancia que no deja de producir reparos desde la perspectiva de su legitimación, *prima facie*, conectada a la tutela de derechos fundamentales en el control de las Administraciones públicas. Una evidencia más de que la posición de las entidades locales ante la jurisdicción constitucional está descompensada respecto de la de los demás entes territoriales que integran el Estado ordenamiento y no es plenamente satisfactoria. Hay un déficit de garantías de la autonomía local constitucionalmente reconocida. Una asimetría procesal entre Municipios y Provincias y Comunidades Autónomas, desprovista de justificación. Tales insuficiencias aconsejan introducir una nueva acción para garantizar el desarrollo y fortalecimiento de la autonomía local a instancias directamente de sus propios titulares. No puede ser de otra manera en cualquier verdadero sistema de autonomía territorial constitucionalmente garantizada.

Entre los inaceptables mitos que apresuradamente se han construido, al modo de obstáculos frente a lo nuevo, ha llegado a decirse que es una barbaridad sin sentido jurídico (¿por qué?), que no existe un bloque de la constitucionalidad que permita el enjuiciamiento (habría que preguntarse ¿con qué parámetro entonces se ha venido garantizando la autonomía local hasta ahora?²), que esta acción colapsará la justicia constitucional (como si los partidos más representativos que van a controlar la legitimación selectiva de la que luego se hablará fuesen irresponsables), etc.

No se trata, en definitiva, de arbitrarismo, de seguir con fórmulas cabalísticas los dictados del Príncipe —el sistema de partidos—, o de satisfacer sin razón jurídica las presiones del Municipalismo, sino de dar cabida en la teoría de la justicia constitucional y del federalismo español, atenuado y asimétrico, a los nuevos problemas de las entidades locales, en vez de enrocarse, cómodamente, en torno a categorías más conocidas y confortables, y, por tanto, ya no necesitadas de esfuerzos e imaginación jurídicas para su entendimiento. La cuestión no puede ser comprendida si se aborda desde una perspectiva chata y estric-

(2) La reforma de la LOTC hará menester una interpretación definitiva de la autonomía local. Bien es verdad que no tan distinta de la ya hecha hasta ahora en otras vías procesales, una razón que por sí sólo permite desechar los temores sobre la inexistencia de un parámetro de control para el conflicto local. No hay que inventar *ex novo* un bloque de la constitucionalidad, existe y ya se ha usado en numerosas ocasiones: SSTC 4/1981, 14/1981, 32/1981, 84/1982, 25/1983, 57/1983, 117/1984, 26/1987, 27/1987, 193/1987, 187/1988, 259/1988, 170/1989, 214/1989, 150/1990, 46/1992, 221/1992, 33/1993, 331/1993, etc.

tamente procedimentalista, obsesionada por la sobrecarga de trabajo que el amparo constitucional produce, reclama su comprensión desde la realidad de un proceso de descentralización territorial aún no concluso y abierto a una pluralidad de fuerzas políticas contrapuestas. La intervención pacificadora y hermenéutica del Tribunal Constitucional es una vez más inevitable para organizar la división de poderes.

Conviene traer a colación el apoyo que esta vieja reivindicación del asociacionismo local, reflejada en las Bases para la negociación y después en el Pacto Local, tiene en una de las políticas esenciales del Consejo de Europa. El art. 11 de la **Carta Europea de Autonomía Local** (en adelante, CEAL), de 15 de octubre de 1985 (Instrumento de ratificación de 20 de enero de 1988) prescribe, de forma algo imprecisa, que las entidades locales deben disponer de “una vía de recurso jurisdiccional a fin de asegurar el libre ejercicio de sus competencias”. Dicha previsión se invoca como justificación por la Exposición de Motivos de la Ley de reforma. Esta exigencia para el ordenamiento español, derivada del derecho convencional, resulta concretada por la importantísima Conferencia sobre la Carta, celebrada precisamente en Barcelona en 1997, donde se estableció que tal recurso jurisdiccional incluía el acceso:

“a la jurisdicción constitucional competente para decidir si una ley o acto legislativo es conforme a los principios establecidos en la Carta Europea de Autonomía Local, a las disposiciones constitucionales, y a los otros textos legislativos referentes a la autonomía local” (conclusión núm. 18, la cursiva es mía).

La relevancia de la Carta para introducir en nuestro ordenamiento el control de constitucionalidad de las leyes por vicios de incompetencia a instancias de los titulares de la autonomía local, y para precisar debidamente el parámetro de control a utilizar, no debe pasar desapercibida.

B) UN CONFLICTO EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA LOCAL A INSTANCIAS DE SUS PROPIOS TITULARES: EL CONFLICTO LOCAL

Según he venido sosteniendo desde el verano de 1997³, tanto por escrito como en muy diversos foros públicos, la solución —a mi juicio— constitucionalmente más adecuada para la defensa de la autonomía local en sede constitucional, pero técnicamente nada sencilla, era añadir, por ley orgánica y en el Título IV de la LOTC, un nuevo conflicto de competencias: otra especie dentro del género común de los conflictos constitucionales. Una propuesta que —conviene recordarlo— inicialmente fue sólo compartida en sede doctrinal por Luis MORELL OCAÑA, siendo fuertemente contestada desde variadas posiciones. Sostuve entonces que bastaría con añadir allí un nuevo Capítulo IV. Una solución que finalmente sigue la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la LOTC, si bien es verdad que con importantes variantes respecto del diseño que inicialmente defendí.

(3) En sendos dictámenes de fecha de julio de 1997 elaborados a instancias del INAP (MAP) el segundo de los cuales, ampliación del primero tras la aceptación de un boceto de ideas, fue recogido bastante después en una obra colectiva coordinada por Enrique ÁLVAREZ CONDE, Director General entonces de aquel organismo, junto a los posteriores dictámenes de Tomás FONT y Luis MORELL OCAÑA, elaborados a la vista del primero, y sendos estudios de Pablo PÉREZ TREMPES y Luciano PAREJO que ya habían sido publicados; véase la bibliografía final. Todos estos estudios, junto a otros documentos, se insertaron en la Memoria del proyecto de modificación de la LOTC.

También con bastante antelación respecto de la modificación legislativa ahora aprobada, en octubre de 1998, argumenté y defendí en la ponencia presentada a la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional —posteriormente publicada y a la que remito—, la validez de una misma teoría para todos los conflictos entre entes territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y entes locales), incluido el nuevo conflicto local, dada la esencial identidad del fenómeno jurídico: una discusión sobre las reglas de deslinde competencial entre entidades territoriales que reclama para su pacificación de una interpretación constitucional; son todas ellas controversias constitucionales que atienden a la defensa de una esfera de autonomía territorial, independientemente del rango de la norma enjuiciada (“conflictos de competencia legislativa” en virtud de recursos, conflictos positivos, conflictos locales...) y de las especificidades de los diferentes sujetos y parámetros de control.

En suma, he intentado caracterizar (véase la bibliografía al final) un “conflicto local” en vez del “amparo local” que las entidades locales tradicionalmente habían venido manejando como eslogan de sus aspiraciones y que contemplaba como demanda las Bases para la negociación del “Acuerdo para el desarrollo del Gobierno local”. Pronto caí en la cuenta del impropio germanismo que suponía trasladar mecánicamente a España la *Verfassungsbeschwerde* en defensa de la autonomía local por la sencilla, pero consistente, razón de que aquí —y a diferencia de en Alemania— sólo los derechos fundamentales —y algunos de ellos, además, no todos— acceden al amparo, pero no otras categorías de normas constitucionales más o menos asimilables. La propia doctrina alemana ha calificado materialmente la queja local como un conflicto.

En varias ocasiones también, me he ocupado de señalar las muy diversas razones por las cuales el art. 23 CE, según se ha interpretado en una línea de jurisprudencia muy consolidada, se circunscribe a ambas modalidades de sufragio universal, y no puede servir de cobertura para introducir las lesiones competenciales de la autonomía constitucional. Tampoco invocando un supuesto —y forzado— derecho fundamental a la participación municipal de los ciudadanos a través de sus representantes y por sustitución de aquéllos. Los ámbitos participativos de los artículos 9.2 y 23.2 CE no son coextensos. La tesis contraria, no obstante, ha estado muy extendida desde hace tiempo y ha tenido como valedores, con distintos matices, a varios excelentes administrativistas, pero —estimo— no encaja en la lectura que el Tribunal Constitucional ha hecho del art. 23 CE ni en su construcción dogmática. No es una solución doctrinal constitucionalmente adecuada. Pues las relaciones de competencias entre entes territoriales no configuran derechos fundamentales de naturaleza democrática. Sólo los ciudadanos, como personas físicas, aisladamente o asociados en grupos o formaciones sociales, son titulares de los derechos reconocidos en el art. 23 CE⁴. Unos derechos encaminados a construir la voluntad de la persona jurídica estatal (la *Staatswillensbildung* de la que hablaba JELLINEK) de forma democrática mediante el sufragio y la representación a través de elecciones; una participación nuclear, que constituye justamente el corazón del Estado, frente a las varias y amplísimas par-

(4) La STC 231/1998, acaba por hacer expreso y llevar al fallo lo que ya era evidente (STC 50/1983, ATC 205/1990 y STC 23/1993), al negar la legitimación y la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23.2 CE a un Ayuntamiento, por tratarse de una persona jurídico-pública, de tales derechos sólo pueden ser titulares los ciudadanos (FJ 2º).

ticipaciones de las que habla el art. 9.2 CE, y que por eso se tutela con un derecho fundamental (Ver Javier GARCÍA ROCA, 1999).

La expresión “conflicto”, como instituto procesal, no obstante, por su misma ambigüedad o equivocidad y, sobre todo, por denotar litigiosidad no tiene buena prensa y, con frecuencia, trata de evitarse. Sin embargo, el conflicto entre el interés nacional, el autonómico y el local, y entre las tres entidades territoriales que lo representan (art. 137 CE), a causa de su diversidad de opiniones sobre su respectiva esfera de actuaciones, es inevitable en un Estado compuesto de tres términos como la Constitución diseña. Nada negativo se desprende de esta afirmación. El conflicto, entendido como controversia, no es algo peyorativo sino inherente a la democracia en las sociedades abiertas con intereses de grupos plurales y, con mayor razón, cuando se compagina con una autonomía política de entes; acaba por enriquecer la separación territorial del poder. Al cabo, el conflicto es una forma de relación entre entes territoriales junto a la colaboración, la cooperación y el control.

En efecto, en un Estado constitucional, el “conflicto” se compone al menos de tres momentos. Una “contraposición” o “colisión” de intereses entre sujetos públicos que resulta exteriorizada en un acto jurídico o actividad. Unos referentes culturales comunes que forman un “consenso” plasmado en las normas y en el pacto constitucionales; en definitiva, el reconocimiento y la confianza en el Derecho como medio de solución de conflictos. Y una voluntad de “compromiso” que, además, lleva a no desdeñar soluciones basadas en la negociación, es decir, en la colaboración o la cooperación⁵. Cualquier conflicto constitucional, por definición, tiende a su pacificación. Mucho más peligroso para la vida de un Estado constitucional es situarse al margen de la jurisdicción y renunciar a la interposición de conflictos como alguna Comunidad Autónoma viene practicando –y teorizando– desde 1990. Conviene, pues, insistir en que el conflicto es también una forma de relación jurídica y de integración en el Estado: de reconocimiento por parte del ente actor de formar parte de un ordenamiento más amplio.

El rango de los preceptos constitucionales que se usen en el juicio como medida de control y de los que en ellos obtengan

**AUNQUE LOS ENTES LOCALES
NO SON ÓRGANOS
CONSTITUCIONALES QUE
MANTENGAN RELACIONES
DE PARIDAD CON EL ESTADO
Y LAS COMUNIDADES
AUTÓNOMAS, DESDE UN
PUNTO DE VISTA
CONSTITUCIONAL SÍ QUE
GOZAN DE “AUTONOMÍA
POLÍTICA” Y NO MERAMENTE
ADMINISTRATIVA, DE AHÍ
QUE NO TENGAN POR QUÉ
AQUIETARSE A LA
INTERPRETACIÓN QUE DE
SUS INTERESES HAGAN LAS
LEYES ESTATALES O
AUTÓNOMICAS**

(5) Es muy ilustrativo de lo que se dice la reciente Ley Orgánica de modificación del art. 33 de la LOTC que amplía en seis meses el plazo para recurrir las leyes por motivos competenciales cuando se haya adoptado un acuerdo en el seno de las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre el Estado y las respectivas Comunidades Autónomas, con la finalidad de intentar previamente una solución basada en la cooperación. No creo que pueda reprocharse esta tentativa.

habilitación, por formar parte del bloque de la constitucionalidad (me he ocupado de este problema con mayor detalle en un comentario a la Constitución editado por el INAP a finales de 1998), otorgan carácter constitucional al conflicto. Unido, de un lado, a la naturaleza igualmente constitucional de los sujetos públicos litigantes, y, de otro, a la labor de quien resuelve el conflicto, que consiste materialmente en interpretar la división territorial del poder, es decir, en custodiar las reglas de la organización constitucional referidas a las competencias o potestades de actuación de diversos entes públicos. La naturaleza del conflicto local estimo que es constitucional por la concurrencia de estos tres elementos; y, a la par, la nueva acción en defensa de la autonomía local es por su naturaleza misma un conflicto.

Y, si bien los entes locales no son órganos constitucionales supremos que sostengan relaciones de paridad con los demás entes territoriales, Estado y Comunidades Autónomas, bajo cuya intervención normativa evidentemente se mueven, tienen potestades de dirección política autónoma que la Constitución les da y, en consecuencia, no tiene por qué aquietarse ante la interpretación de sus facultades y, en definitiva, del interés local que las leyes estatales o autonómicas hagan, cuando la estimen poco respetuosa de su autonomía constitucionalmente garantizada.

Conviene subrayar que la autonomía de los entes locales, pese a no venir dotados de una potestad legislativa, es —a mi juicio— una “autonomía política” y no meramente “administrativa”, como hasta hoy se ha venido manteniendo por la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina, puesto que realmente permite, de un lado, elaborar una dirección política propia y potencialmente divergente de otras y, de otro, excluir tutelas políticas. Durante los años ochenta y noventa, la doctrina española, acaso por influencia de la doctrina regionalista italiana, ha confundido las ideas de “autonomía legislativa” y “autonomía política”, dos manifestaciones de un mismo fenómeno, la “autonomía territorial”, que pueden coincidir, pero no necesariamente deben hacerlo. Son conceptualmente cosas distintas. Sin negar la obvia importancia de la potestad legislativa, cabe perfectamente una elaboración de “políticas” propias en el ámbito local mediante el ejercicio de unas facultades de ejecución, de Administración y gestión, y de gasto verdaderamente autónomas, en cuanto no sometidas a más controles que los estrictamente judiciales.

Tampoco puede olvidarse la singularidad como fuente del Derecho de la potestad normativa local (ver Luciano PAREJO, 1998). Las relaciones de complementariedad y ejecución entre la potestad reglamentaria del Gobierno y la potestad legislativa del Parlamento, ambas fuentes de órganos ubicados dentro de un mismo ente territorial (el Estado o la Comunidad Autónoma), y copartícipes de una misma dirección política, o el intenso alcance vinculatorio del principio de legalidad, no pueden predicarse con idéntico tenor de las relaciones entre la potestad legislativa estatal o autonómica y la potestad reglamentaria de unas entidades locales dotadas de autonomía política. La vieja y consolidada doctrina constitucional que acantona la autonomía local como una autonomía meramente administrativa, por variadas razones, estimo que debería ser revisada a la luz que proyecta la nueva acción y desde una consideración más realista.

Otra cosa bien distinta es que las entidades locales posean un tipo de autonomía territorial y ocupen un escalón en el ordenamiento jurídico no coincidente —e inferior— con el de las Comunidades Autónomas, si manejamos la conocida teoría de la descentralización territorial de Kelsen y su consideración cuantitativa como grados de un mismo fenómeno jurídico, extremo que no es siquiera necesario explicitar. La contribución de las Comunidades Autónomas a la vertebración del Estado y de la Nación es de distinto grado y calidad al de Municipios y Provincias. Pero de esta circunstancia evidente no deben extraerse innecesarios excesos que vacíen de contenido la autonomía y el interés locales.

C) ¿GARANTÍA INSTITUCIONAL O CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL?

El nuevo contexto creado por la Carta Europea de Autonomía Local, el reciente impulso político en favor de reforzar la autonomía de las entidades locales, muy especialmente la de los Municipios, y la nueva acción, son circunstancias que pueden suponer una buena oportunidad para revisar con calma la vieja idea de “garantía institucional”. Es ésta —a mi entender—, desde sus orígenes, una técnica harto discutible e insuficientemente construida entre nosotros, y quizá podría ser progresivamente sustituida —según se vaya precisando— por la de “configuración constitucional de la autonomía local” (vid., entre otros, los trabajos de Eliseo AJA y Joaquín GARCÍA MORILLO, y las consideraciones de Antonio FANLO y José Luis CARRO) con la finalidad de extraer más jugo de los preceptos constitucionales⁶. La garantía institucional, concebida como un instrumento defensivo de la provincia en la primera jurisprudencia constitucional, no sirve en igual medida para delimitar un contenido positivo de la misma (Tomás FONT, 1999).

Todo lo cual refleja un serio punto de inflexión en la hermenéutica e interpretación constitucional de la autonomía local. La regulación legal debe entenderse únicamente —por importante e inaplazable que sea— como una mera concreción o desarrollo, y no un momento autónomo y conceptualmente independiente; prácticamente libre para definir como se quiera esa autonomía salvo un remoto núcleo institucional, sin venir casi sometida la ley a límites materiales ni a control impeditivo alguno. Éste es el cambio más revolucionario para el régimen local desde su recepción en el liberalismo decimonónico, que una moderna Constitución democrática supone. Pero exigirá de esfuerzos en la exégesis.

Es menester, por tanto, asegurarse realmente de la adecuación de las leyes que afecten al Gobierno local al parámetro jurídico y medida que el bloque de la constitucionalidad supone, si verdaderamente se quiere que la convivencia política esté presidida por una “voluntad de Constitución” y acabe de erigirse el Estado de tres términos que la Constitución (artículos 137 y concordantes) prefigura o esboza. Pues no es inverosímil el riesgo de un legislador estatal, o más probablemente autonómico, poco escrupuloso con la esfera de poder local y escasamente predispuesto a compartir sus finanzas y competencias con una diversidad de Gobiernos locales políticamente plurales, y menos aún, incluso, a delegar o transferir algunas de las facultades que ahora ostenta. En particular,

(6) La STC 11/1999, curiosamente, tampoco emplea la expresión “garantía institucional” para describir dicha autonomía como en ocasiones previas y se refiere a la “garantía de la autonomía local”.

cuanto más proclive sea ese Gobierno y Parlamento autonómico a un entendimiento –escasamente pluralista– de la nacionalidad o región como un único y homogéneo sujeto colectivo con un destino histórico, más probable es que el riesgo se haga verosímil. Mientras cabe pensar que los problemas vengan reducidos en aquellas Comunidades Autónomas comprendidas como entes intermedios y gobernadas desde una lógica favorable a un razonable pluralismo territorial interno.

La defensa de la autonomía local por sus propios titulares mediante un conflicto parece, pues, el remedio dotado de una mayor coherencia interna frente a leyes estatales o autonómicas pretendidamente invasoras del espacio que la Constitución acantona para la autonomía local, y que, en armonía con ella, define la CEAL.

D) EL LUGAR EN EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE BASES DE RÉGIMEN LOCAL (LBRL) Y DE LA CARTA EUROPEA DE AUTONOMÍA LOCAL. EL PAPEL DIFERENCIADOR DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

En este contexto, el lugar, respectivamente, de la LBRL y de la CEAL en nuestro ordenamiento jurídico deviene un asunto de primer orden y aún no definitivamente precisado. Veamos un escueto bosquejo de ideas.

La posición constitucional de la LBRL ha sido frecuentemente analizada con elementalidad y ha llegado a simplificarse el asunto hasta afirmarse que es sólo una ley más. Esta escasa atención contrasta con la preocupación que la doctrina italiana ha prestado al tema (vid. GROPPÍ). Sin embargo, la Ley de Bases ocupa un lugar importante y con rasgos muy específicos entre nuestras fuentes del Derecho. Es patente que cumple una “función constitucional” inaplazable –como v. gr. ocurre con la Ley de Presupuestos– que consiste en hacer posible el funcionamiento de las entidades locales. Tiene, por tanto, un carácter indefectible e indisponible para el legislador estatal quien podrá modular –con limitaciones– sus contenidos, pero no omitir su aprobación ni excluir algunos extremos mínimos, si se pretenden cumplimentar lealmente los mandatos constitucionales. La satisfacción de esta función constitucional propia de la Ley de Bases obliga igualmente a pensar que de la misma deben predicarse las notas de “generalidad” –piénsese en la interdicción de leyes singulares que su propio art. 9 realiza– y de cierta “estabilidad” dentro del ordenamiento⁷. La Ley de Bases es necesariamente la “norma institucional básica” de las entidades locales, su ley de organización y funcionamiento sin perjuicio del Reglamento orgánico propio de cada entidad, advierto cierta analogía en este aspecto con lo establecido en el art. 147.1 CE para los Estatutos de Autonomía.

La Constitución, los Estatutos de Autonomía, la Ley de Bases de Régimen Local, y la legislación sectorial atributiva de competencias a los entes locales deben de ser interpretados “en armonía o conforme” a la CEAL. Un tratado que, de algún modo se acerca y hasta

(7) Un debate que, por cierto, ya hemos mantenido –con escasos resultados– acerca de las bases estatales en la comparación competencial entre el Estado con las Comunidades Autónomas. También la normativa básica estatal debería gozar de estabilidad, pero en muchas materias es harto difícil por la naturaleza de los asuntos.

cierto punto se introduce en el parámetro de control o bloque de la constitucionalidad. Fundamentalmente, dada la parquedad de sus contenidos, podrían ser de utilidad los criterios hermenéuticos que allí se recogen, en especial, la interesante definición de autonomía local (art. 3), cuyos criterios deberían servir de basamento para la interpretación de las normas enjuiciadas a la luz de la Constitución.

El fenómeno es parecido a lo que ocurre, en virtud del art. 10.2 de la Constitución, para los derechos fundamentales y los convenios y tratados suscritos por España y las diversas líneas de jurisprudencia constitucional. Y aunque la autonomía local no configure un derecho fundamental. En efecto, el citado es un precepto importante, pero introduce un mandato que se encuentra en la misma naturaleza de las cosas —de los tratados—, y, en consecuencia, no creo tenga otro valor que el de simple pedagogía constitucional. Por eso, la presencia de un precepto constitucional análogo que obligue a la interpretación de la autonomía local de conformidad con los tratados y acuerdos ratificados por España, carece de valor obstativo alguno para que esa misma validez y eficacia deba concederse a la CEAL.

La discusión no puede resolverse, de manera simplificadora, aduciendo que la eventual contradicción de un tratado internacional con la ley no es un problema de constitucionalidad (v. gr. STC 142/1993, FJ 3º). Esto es cierto, pero no es toda la verdad. Basta con poner en conexión los principios jurídicos recogidos en la CEAL con la apertura y elasticidad de las normas constitucionales. Y ésa es una operación hermenéutica a la que —estimo— obligan los compromisos internacionales suscritos por España en el seno del Consejo de Europa: el acuerdo de unos sujetos vinculados a un procedimiento convencional. El valor simultáneo de este convenio en el Derecho interno y el internacional impide la discordancia, e impone esa interpretación en armonía siempre que sea constitucionalmente posible. Una vez ratificada la CEAL, se produce una especie de congelación de rango o reserva de tratado a favor de los contenidos de esa fuente. Éste es el verdadero sentido de los artículos 94.1 y 95.1 CE.

Sorprende, por eso, y debe ser seriamente denunciado, el escásimo interés prestado a la Carta por la jurisprudencia constitucional. Prácticamente el Tribunal Constitucional parece ignorarla. Basten dos muestras, para corroborar mis afirmaciones que no quisiera parecieran radicales. La citada STC 109/1998, sobre el régimen de competencias de las Diputaciones Provinciales de Cataluña y el llamado Plan

LA LBRL ES LA NORMA INSTITUCIONAL BÁSICA, LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS ENTES LOCALES. EL LEGISLADOR ESTATAL PODRÁ MODULARLA, PERO NO OMITIRLA NI EXCLUIR SUS EXTREMOS MÍNIMOS. ADEMÁS, HA DE SER INTERPRETADA, JUNTO A LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA CONFORME A LA CARTA EUROPEA DE AUTONOMÍA LOCAL

Único, fue dictada sin una sola mención a la CEAL, pese a que es notoria la relevancia de los criterios interpretativos recogidos en el art. 9 de la misma sobre los recursos financieros de las entidades locales. E igualmente ocurrió en la mencionada STC 11/1999 sobre la Ley asturiana de disciplina urbanística y la sustitución de las competencias locales por las de la Comunidad Autónoma en ciertos casos de controles jurídicos; tampoco se utilizaron allí como criterios hermenéuticos —ni siquiera se citaron— los artículos 2, 4.4 y 8 de la CEAL sobre el concepto de autonomía local y la viabilidad de sus controles. No alcanzo a comprender las razones de este planteamiento jurisprudencial, una suerte de solipsismo constitucional, de espaldas a los compromisos internacionales suscritos por España y al esquema de fuentes del Derecho de nuestro ordenamiento. Carece de justificación alguna.

Por otra parte, conviene insistir en la vieja idea de la muy diversa situación que poseen desde antaño Municipios y Provincias en las diferentes Comunidades Autónomas españolas. La realidad dista de ser homogénea en todo el Estado. Baste con caer en la cuenta, como muestra, de la diversa relevancia de la Provincia en Castilla y León o en Cataluña o en el País Vasco; o de las diferencias entre las regiones del interior con Municipios históricos, pero prácticamente deshabitados, y, las costeras, con nuevos y crecientes enclaves municipales turísticos que acaso puedan segregarse. Es absurdo que la Ley contemple como homogéneas e iguales realidades tan heterogéneas: un abstracto y uniforme ente local. Los Estatutos de Autonomía, y no sólo el legislador autonómico, deben jugar un papel dentro del bloque de la constitucionalidad que permita diferenciar en cada Comunidad sus especificidades en esta materia (insiste —y acierta— en este extremo recientemente Tomás FONT, 1999) y clarificar competencias; la naturaleza bifronte de las entidades locales, debe, sin duda, reforzarse y potenciar el papel de cada Comunidad.

E) UN CONFLICTO FRENTE A LEYES Y A INSTANCIA DE ENTES PÚBLICOS

Pero el debate y las ansiedades a las que antes he hecho referencia, deben calmarse. El nuevo proceso, previsiblemente, no debe suponer una cuantía de asuntos inabarcable. En la medida en que este conflicto local puede interponerse sólo contra leyes (art. 75 bis.1 LOTC)⁸, el riesgo de una avalancha de asuntos no parece grande y no cabe pensar que sea estructuralmente desmesurado. Son muy pocas las leyes virtualmente impugnables: ¿cuántas leyes nuevas puede haber en un año tachadas de inconstitucionales por supuestamente transgredir la autonomía local? La experiencia alemana y la austríaca no sobrepasan la docena de asuntos. En todo caso y hasta que tengamos nuestra propia experiencia, baste con remarcar que puede medirse —y, en consecuencia, controlarse— la dimensión objetiva de un conflicto local contra leyes, mientras, en cambio, resulta inmensurable —y pavorosa— la cifra del amparo constitucional contra resoluciones judiciales y administrativas: tiende a ser estadísticamente la bisectriz de un ángulo recto. Y,

(8) O incluso si se hubiera optado por hacerlo a través de la mediación de disposiciones y actos viciados de incompetencia por una ley, al modo ya experimentado —y escasamente utilizado, por cierto— con el art. 67 de la LOTC según propuse en 1997. Una medida de ingeniería constitucional, y, en consecuencia, algo forzada, pensada para alejar la tacha de inconstitucionalidad de la ley de reforma procesal.

desde la óptica subjetiva, no puede olvidarse que los actores no son millones de ciudadanos, titulares de intereses privados como justiciables, sino unos elevados cocientes de entes públicos.

El art. 75 bis.1 establece que podrán dar lugar al planteamiento del conflicto “las normas con rango de ley”, expresión que tiene un sentido técnico bien preciso, del Estado o de las Comunidades Autónomas y que pretendidamente lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada. Lo razonable es, pues, entenderlo en el mismo sentido que la referencia —técnicamente más incorrecta— que en el art. 161.1.a) CE se hace a las “disposiciones normativas con fuerza de ley” y, concluir, que todas las normas con dicho rango que en el art. 27.2 de la LOTC se enumeran con detalle, concretando el precepto constitucional, son susceptibles de que frente a ellas se promueva un conflicto local. Nada autoriza a efectuar exclusiones.

La Ley mejora respecto del Proyecto del Gobierno al suprimirse la mención del término “básicas” que impropriadamente calificaba a las leyes en el art. 75 bis.1, restringiendo indebidamente y sin sentido jurídico el objeto del conflicto (Véase Pablo PÉREZ TREMPs, 1998 y la oportuna Enmienda de supresión del Grupo Socialista del Congreso).

F) LA LEGITIMACIÓN SELECTIVA COMO REGLA GENERAL: UN CONFLICTO EN INTERÉS DE CONSTITUCIÓN. RÉGIMENES SINGULARES Y EXCEPCIONES

Bien es verdad que el riesgo de abrir una vía que genere excesivos litigios, y acabe por impedir la finalidad principal que se pretende el conflicto local cumpla, que es la defensa objetiva de las competencias locales antes que las subjetivas, parece haber condicionado la decisión de no otorgar legitimación individual a cada uno de los entes locales (la solución alemana, austríaca y de la fallida reforma italiana); salvo en el caso de leyes de destinatario único, que la Ley contempla como simple e inevitable excepción a la regla general.

El párrafo 5º de la Exposición de Motivos de la Ley modificativa lo expresa con claridad:

“se trata, en definitiva, de garantizar los intereses de los Entes locales afectados ponderando su entidad, de modo que los mismos sean suficientemente representativos y que no se refieran a los propios de los Entes locales aisladamente considerados”.

Es, pues, razonable optar por una legitimación selectiva por cociente o proporción. Como también lo hubiera sido una legitimación orgánica o corporativa: los representantes de los entes locales en la Comisión Nacional de Administración Local o en las respectivas y análogas comisiones autonómicas según razoné en 1997. El resultado de esta prudente opción procesal es la de un conflicto podríamos decir que pensado en “interés de Constitución”, dirigido a preservar una esfera de contenidos acantonados en la órbita de la autonomía local, antes que a defender los intereses de cada uno de los entes locales, quienes siempre pueden hacer valer sus intereses particulares ante la jurisdicción contencioso-administrativa o a través de la cuestión de inconstitucionalidad.

La Ley (art. 75 ter.1 de la LOTC) atiende a esta prudente filosofía e intenta custodiar que no se desborde la dimensión subjetiva del conflicto hasta impedir el normal desenvolvimiento del Tribunal Constitucional, y disciplina por ello unos cocientes de Municipios y Provincias, dirigidos a favorecer la intervención de las entidades dotadas de mayor población y a agregar voluntades impugnatorias muy amplias. Finalmente, tras la discusión en el Congreso de los Diputados, es menester un séptimo de los Municipios existentes en el ámbito de aplicación territorial de la ley, que supongan un sexto de la población [letra b) del mismo precepto]. El diseño favorece un poco, por tanto, a los Municipios con más habitantes, una lógica que no puede ser reprochada por su conexión con los principios representativo y democrático. La Memoria que acompañó al Proyecto de ley aportaba un interesante cuadro con el cálculo de varios índices de ponderación o cocientes en función del número de Municipios y de habitantes requeridos.

El art. 75 ter.1.b), a efectos de legitimación, no puede leerse de forma aislada, disociándolo de lo dispuesto en el art. 75 bis.1 y en el resto del Capítulo IV, que es el contexto y sistema de donde trae origen, es razonable pensar que la Ley reclama un séptimo de los Municipios existentes en el “ámbito territorial de aplicación” de la ley discutida por inconstitucional, ya sea estatal o autonómica, y es evidente que, tanto en uno como en otro supuesto, una ley puede no afectar a todo el territorio y los cocientes deberían exigirse respecto de ese ámbito más reducido. Una legitimación selectiva precisa de un entendimiento teleológico o finalista.

Pero, sobre todo, es de prever que la consecución de tales cocientes en un escaso tiempo requerirá de la mediación de las asociaciones de entidades locales a las que expresamente menciona el apartado 4º del mismo artículo; circunstancia que debería contribuir a reforzar las razones esgrimidas en las demandas y su solidez tanto como a impedir un ejercicio aislado o temerario de las acciones. Desde otra perspectiva, ojalá pueda valer para potenciar las relaciones de cooperación y colaboración entre las Corporaciones locales.

Respecto de las Provincias, la proporción se fija en la mitad de las existentes en el ámbito territorial de la aplicación de la norma con rango de Ley y que representen como mínimo la mitad de la población oficial [letra c)].

Los problemas técnicos que probablemente suscitará el cómputo de esos cocientes (según advertí en 1997) creo que son perfectamente resolubles y preferibles a afrontar a la amenaza de una fuerte litigiosidad. Pero no creo deban exagerarse las críticas doctrinales en este aspecto, a la luz de la experiencia judicial que ya tenemos. En efecto, los conocimientos adquiridos en otros procesos por nuestra jurisprudencia constitucional –v. gr. en la iniciativa autonómica o en la legitimación de las minorías por fracciones de órganos parlamentarios y comisionados– llevan a pensar que las cuestiones no serán nuevas y, caso a caso, podrán resolverse sin excesivas dificultades los problemas que en la siempre compleja e imprevisible realidad surjan: el desistimiento sobrevenido de uno de los Ayuntamientos, el cálculo de los cocientes, el ámbito de los afectados, etc.

En sentido contrario, se ha manifestado últimamente PÉREZ TREMPs (1998), defendiendo una legitimación individual, tal y como era la aspiración inicial del municipalismo, un objetivo que considero muy arriesgado y quizá algo imprudente dado el caldo de cultivo que supone el excesivo número de Municipios en España (alrededor de ocho mil) y las reducidas dimensiones en población de muchísimos de ellos con las consecuencias políticas y jurídicas que de ello se deducen.

No obstante, aprovechando que el Pisuerga —y la Esgueva— pasan por Valladolid, no estaría mal aprovechar la cuestión para volver a recordar la presencia de un viejo problema y demandar su estudio por los poderes públicos antes de adentrarnos en el nuevo siglo: los partidos políticos deberían alcanzar acuerdos dirigidos a modificar seriamente a medio o a largo plazo la planta de los Municipios en España —tenemos prácticamente los mismos que en las Cortes de Cádiz— con el fin de asegurar su supervivencia y permitir erigir un serio peldaño de Administración local (vid. SOSA WAGNER). Y no obsecarse en mantener entes, ciertamente históricos, pero obligados a una existencia casi fantasmal, con frecuencia sin recursos ni medios de ningún tipo, más allá de una deteriorada casa consistorial que siquiera a veces pueden reparar. Construir una fuerte y renovada Administración local con mayores recursos financieros y competencias sobre ese basamento tan endeble puede ser erigir un gigante con los pies de barro. La racionalidad debería prevalecer y las fuerzas políticas asumir su deber de construir y explicar a los ciudadanos, con el tiempo y las cautelas de transitoriedad que hicieran falta, una nueva planta, debidamente consensuada. La solución no está en crear comarcas —como en alguna Comunidad Autónoma ya se ha hecho—, generando un nuevo problema y haciendo ingobernable un Estado de demasiados términos, sino en suprimir numerosos Municipios pequeños y segregar algunos allí en donde las realidades emergentes lo requieran. En suma, si pretendemos tomarnos en serio el escalón local, habría que comenzar por adecuar nuestros Municipios históricos a unas dimensiones organizativas y económicas más racionales y eficientes.

Y, en todo caso, si tuviésemos una planta municipal de dimensiones más racionales y un modelo de justicia constitucional, también equilibrado en sus proporciones, no concentrado en millares de amparos constitucionales contra resoluciones judiciales y administrativas, acaso nada de esto —la legitimación individual— sería un problema.

EN LA CONFIGURACIÓN DE LA NUEVA ACCIÓN PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA LOCAL SE HA OPTADO POR UNA LEGITIMACIÓN SELECTIVA, POR COCIENTE O PROPORCIÓN, NO UNA INDIVIDUAL DE CADA ENTE LOCAL, EVITANDO LA APERTURA DE UNA VÍA QUE GENERE EXCESIVOS LITIGIOS Y OBSTACULICE LA FINALIDAD PRETENDIDA, CUAL ES LA DEFENSA OBJETIVA DE LAS COMPETENCIAS LOCALES Y NO LAS INDIVIDUALMENTE CONSIDERADAS

Mas, volvamos a nuestra encomienda, la sensata legitimación selectiva y en interés de la Constitución por la que la Ley de reforma opta, ofrece dos instrumentos legales a la responsabilidad de los partidos políticos más representativos para que garanticen no se distorsione la actividad del Tribunal Constitucional con una multitud de demandas prematuras o infundadas:

- la adopción de la *mayoría absoluta* del órgano plenario de cada Corporación Local (art. 75 ter.2 LOTC),
- y el control de la consecución de esos elevados *cocientes de voluntades impugnatorias* por parte de una pluralidad de entidades territoriales.

Y no creo que pueda tacharse de irresponsable confiar en la prudencia de las fuerzas políticas más representativas, y de las asociaciones de Municipios y Provincias por ellas alentadas, a la hora de ejercer una legitimación constitucional.

La regla general expuesta se matiza o especifica en algunos *regímenes jurídicos especiales* previstos en la parte final de la Ley y no carentes de complicaciones. Así la Disposición Adicional Tercera establece que las referencias a las Provincias se entenderán realizadas a las Islas en las Comunidades Autónomas de las Islas Baleares y Canarias (apartado 1º); y, en el apartado 2º, se concede legitimación para impugnar leyes autonómicas –no las estatales– a tres Cabildos, en el caso de Canarias, y a dos Consejos Insulares, en las Islas Baleares, aun cuando en ambos casos no se alcance el porcentaje de población exigido en el art. 75 ter.1. No puede objetarse una regulación que modula y flexibiliza los requisitos de legitimación para adecuarla a la realidad insular.

Más discutible es la Disposición Adicional Cuarta, apartado 2º, en la cual se concede legitimación, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a las correspondientes Juntas Generales y las Diputaciones Forales de cada Territorio Histórico “cuando el ámbito de aplicación de dicha ley afecte directamente a dicha Comunidad Autónoma”. La cláusula parece incluir la impugnación tanto de leyes estatales como autonómicas. El tratamiento normativo, por tanto, que reciben los Territorios Históricos frente a la ley estatal, una legitimación individual, es más beneficioso y claramente desigual respecto del dispensado a las Provincias en las demás Comunidades Autónomas [art. 75 ter.1.c)], a las que se exige su agrupación voluntaria para la consecución de unos cocientes. Acaso tal desigualdad de trato normativo en la Ley, a efectos procesales y entre entes territoriales, pueda justificarse en la teoría de los hechos diferenciales (los derechos históricos de esos territorios a los que alude la Disposición Adicional Primera de la Constitución), y no estemos ante un privilegio, pero –una vez más– la lógica constitucional de la igualdad no encaja sin problemas con la lógica preconstitucional de la foralidad.

Aún más complicada de valorar es, a primera vista, la previsión recogida en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 1º, según la cual los “conflictos de competencia”

que se puedan suscitar entre las instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco y los de cada uno de sus Territorios Históricos se regirán por lo dispuesto en el art. 39 de su Estatuto de Autonomía. La exégesis de la norma plantea varios interrogantes, me ocuparé ahora sólo de uno de ellos, el directamente relacionado: el planteamiento de conflictos locales contra leyes vascas por los Territorios Históricos. No es una interpretación admisible, conforme a Derecho, entender que se exceptúe para este supuesto el alcance “a todo el territorio nacional” de la jurisdicción del Tribunal Constitucional dispuesto en el art. 1.2 en relación con el art. 4 de la LOTC. Recuérdese que el mencionado precepto del Estatuto estipula lo siguiente:

“Los conflictos de competencia que se puedan suscitar entre las instituciones de la Comunidad Autónoma y las de cada uno de sus territorios históricos se someterán a la decisión de una comisión arbitral, formada por un número igual de representantes designados libremente por el Gobierno Vasco y por la diputación foral del territorio interesado, y presidida por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, conforme al procedimiento que una Ley del Parlamento Vasco determine” (la cursiva es mía).

La norma estatutaria vasca ha sido desarrollada por la Ley 13/1994, de 30 de junio, por la que se regula la Comisión Arbitral. De acuerdo con su art. 2, dicho organismo resuelve tanto “cuestiones de competencia”, “con ocasión de un proyecto de ley o proposición de ley o de norma foral” (art. 44), como “conflictos de competencia” frente a disposiciones, resoluciones y actos (art. 58). Esta doble terminología legal suscita algunas dudas que pueden ser despejadas. Ciertamente, el empleo en la Disposición Adicional Cuarta de la LOTC de la expresión “conflictos de competencia” en buena lógica debe coincidir con el uso amplio que se hace en el art. 39 del Estatuto Vasco y abarcar cualquier tipo de conflictos ya sea bien frente a proyectos de leyes y normas forales o bien frente a reglamentos, pero siempre y cuando se entienda del siguiente modo. Las legalmente llamadas “cuestiones de competencia”, respecto de normas con rango de ley o normas forales que la citada Comisión arbitra y resuelve, se suscitan por determinación legal sobre proyectos o proposiciones. Nada puede objetarse, si se conviene que las decisiones arbitrales entonces recaídas no impiden el posterior acceso al Tribunal Constitucional de los Territorios Históricos frente a las leyes autonómicas definitivamente aprobadas, pues no puede predicarse de aquellas decisiones de un árbitro la nota de cosa juzgada propia de la sentencia de un tribunal ni, menos aún, virtualidad para excluir la jurisdicción de tal órgano constitucional. Y no hay solapamientos posibles entre el nuevo procedimiento de conflicto local y los conflictos de competencia con ocasión de normas reglamentarias que la Ley vasca prevé.

Como una excepción a la regla general, la legitimación selectiva por cocientes, técnicamente inevitable, en cambio, sí debe considerarse la cláusula incluida en el art. 75 ter. 1.a) de la LOTC que concede legitimación al Municipio o Provincia que sea “destinatario único de la ley”. El precepto puede igualmente leerse en conexión con lo dispuesto en el art. 9 de la LBRL donde se dispone que las normas de desarrollo de esa Ley que afecten a Municipios y Provincias no podrán limitar su ámbito de aplicación a una o a varias entidades “con carácter singular” –la nota de generalidad que antes se ha predicado de la Ley Básica en virtud de la función que tiene constitucionalmente asignada–. Pero allí mismo

se añade “sin perjuicio de lo dispuesto (...) para los regímenes municipales o provinciales especiales”, v. gr., lo establecido en el art. 30 de la LBRL para los Municipios pequeños o de carácter rural o con ciertas características específicas, como pueden ser —dice la Ley— sus condiciones artísticas e históricas, o el predominio de actividades turísticas, industriales, mineras u otras semejantes.

G) EL DISEÑO DE UNA FASE PREVIA AL PROCESO CONSTITUCIONAL: LA FUNCIÓN CONSULTIVA ESTATAL O AUTONÓMICA Y LA LÓGICA DE LA SUBSIDIARIEDAD

Una vez alcanzada la legitimación, la Ley diseña una acertada fase previa o de conciliación anterior a la formalización de la demanda. Es menester, la intervención del Consejo de Estado u *órgano consultivo correspondiente de cada Comunidad Autónoma* (art. 75 ter.3 LOTC), a través de un dictamen, cuyo carácter —por mandato legal— es preceptivo pero no vinculante, según que el ámbito territorial al que pertenezcan las Corporaciones Locales corresponda a varias o a una Comunidad Autónoma. Donde no exista un Consejo Consultivo autonómico, el dictamen se realizará por éste. En ambos casos, realizan una función como órgano consultivo de la Administración local.

Parece claro que se busca preservar dos bienes: primero, ofrecer una opción a la legítima solución en el seno de cada Comunidad Autónoma de la disputa entre el Gobierno autonómico y los Gobiernos locales allí ubicados, dada la mayor cercanía a la contraposición de intereses, y alejando además la sospecha —según se ha llegado a decir— de un control centralista más de las decisiones autonómicas por parte de los órganos generales del Estado. Y, en segundo lugar, se trata de obtener las ventajas que toda subsidiariedad entraña: dar la opción a una más pronta solución del litigio, e intentar que lleguen menos asuntos y dotados de mayor enjundia al Tribunal Constitucional, tanto como residenciar una primera “instancia” para la decisión del litigio que desmenuce y desbroce los elementos centrales de la controversia. La idea de diseñar una subsidiariedad en los conflictos no es nueva. Aunque esta instancia —si hablamos de leyes— no pueda entre nosotros ser jurisdiccional como en Alemania ocurre con el amparo local y la labor de los Tribunales Constitucionales de los Länder. La influencia germánica, *servata distantia*, en esta idea de subsidiariedad que la Ley recoge es evidente.

Este entendimiento de la subsidiariedad creo que resulta mucho más acertado que obligar a las entidades locales, por su misma naturaleza pública, que les lleva a asumir la defensa del interés general en su respectivo ámbito territorial, a seguir un largo camino ante los Tribunales ordinarios, al igual que cualquier justiciable, portador de intereses privados, a través de un recurso contencioso-administrativo, a su vez con varias instancias, y finalmente una forzada cuestión de inconstitucionalidad (vid. la inicial propuesta en este sentido de Tomás FONT).

Ha llegado a ser discutida la competencia del Estado para regular por ley este requisito o condición previa de procedimiento e imponer la intervención de órganos autonómicos consultivos (obsérvese que el reproche, curiosamente, es contradictorio con la denuncia de nuevos controles al legislador autonómico y extraños a la Comunidad Autónoma). Sin embargo, conviene recordar que el Estado posee competencia para aprobar la legislación procesal ex art. 149.1.6 CE, un precepto que —estimo— ofrece una sólida cobertura competencial a la nueva disciplina legal. Y, *a fortiori*, cuando los procesos constitucionales se enjuician sólo por el Tribunal Constitucional que es un órgano único en todo el Estado y dotado de jurisdicción en toda la Nación (art. 161.1 CE y art. 1.2 de la LOTC), es decir, cuando no existen órganos judiciales “en” las Comunidades Autónomas.

H) EL CÁMPUTO DE LOS PLAZOS DE IMPUGNACIÓN

Existen dos plazos concatenados antes de poder formalizar la demanda de conflicto y un período intermedio de duración incierta. La solicitud del dictamen debe efectuarse dentro de los tres meses siguientes al día de la publicación de la ley que se entienda lesiona la autonomía local (art. 75 quater, apartado 1º), cuestión que no plantea problemas en su exégesis. Curiosamente, no se señala un plazo para que recaiga el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo correspondiente, quizá por respeto a la reserva que el art. 107 CE realiza en favor de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. Dentro del mes siguiente a la recepción del dictamen, los entes legitimados podrán plantear la demanda de conflicto ante el Tribunal Constitucional, acreditando haber satisfecho ese requisito.

I) EL TRÁMITE DE INADMISIÓN

Amén de la fase previa, el proyecto de reforma incorpora un **trámite de admisión** del conflicto local, que es inexistente en los conflictos positivos con las Comunidades Autónomas y en los recursos o conflictos de competencia legislativa, pero que ya ha sido experimentado en los conflictos negativos a instancias de personas físicas o jurídicas (art. 69.2 LOTC), y en las cuestiones de inconstitucionalidad en virtud de una muy razonable línea de jurisprudencia que ha ampliado los contornos del art. 37.1 LOTC.

El art. 75 quince LOTC debe servir para no acumular durante años un stock de asuntos, desprovistos de interés objetivo o caren-tes de los requisitos procesales legalmente exigibles, para luego

ACERTADAMENTE, LA NUEVA LEY HA DISEÑADO UNA FASE PREVIA AL PROCESO CONSTITUCIONAL EN LA QUE HA DE INTERVENIR EL CONSEJO DE ESTADO, O BIEN, EL ÓRGANO CONSULTIVO AUTONÓMICO RESPECTIVO. SE OFRECE ASÍ LA OPCIÓN DE SOLUCIONAR EL CONFLICTO EN EL SENO DE CADA COMUNIDAD AUTÓNOMA Y EVITAR QUE LLEGUEN ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL MÁS ASUNTOS Y DOTADOS DE MENOR RELEVANCIA

desestimarlos un lustro o un decenio más tarde. El Tribunal puede, por Auto motivado, inadmitir la demanda ante la falta de legitimación o de otros requisitos procesales, o, incluso, “cuando estuviere notoriamente infundada la controversia suscitada”. Es patente que la cláusula entrecomillada coincide con la prevista en el citado art. 37.1 LOTC. La previsión legal permite un juicio liminar, de inadmisión por resultar manifiesta, o cuando menos anunciada, la falta de contenido de la demanda, actividad que el Tribunal ha ensayado ya –insisto– en los conflictos negativos y también en las cuestiones de inconstitucionalidad.

J) LA CONSTITUCIONALIDAD DE UN CONFLICTO DIRECTO FRENTE A LEYES, PERO LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA PRETENSIÓN ANULATORIA DIRECTA DE LA LEY A INSTANCIAS DE LOS ENTES LOCALES: UN CONFLICTO EN ESENCIA INDIRECTO

Quizá pudiera objetarse la misma novedosa disciplina de un “conflicto de competencia legislativa” y no trabado frente a disposiciones, resoluciones y actos de rango inferior a ley. Estamos muy condicionados por el criterio formal de diferenciación entre “recurso” y “conflicto”, basado en el rango de la norma, que han decantado fundamentalmente la LOTC y, en parte, la exégesis de la misma hecha por parte del Tribunal Constitucional. Pero no es ése el único criterio concebible ni desde las normas positivas de la Constitución ni desde la teoría de la justicia constitucional, según he razonado con detalle en trabajos míos anteriores (GARCÍA ROCA, 1998 A y previamente LÓPEZ GUERRA). Un conflicto local frente a leyes es una acción que perfectamente puede configurar el legislador, del mismo modo que debió prever unos conflictos análogos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, para no mezclar innecesariamente las distintas técnicas del recurso de inconstitucionalidad y las del conflicto⁹. Así es notorio que el 79 por ciento de los recursos de inconstitucionalidad suscitan controversias competenciales, “recursos encubiertos” o como deberían llamarse, con mayor precisión, “conflictos de competencia legislativa”; y, no es casual que la propia jurisprudencia constitucional tienda a trasladar sobre estos recursos que resuelven conflictos frente a leyes técnicas procesales extraídas del banco de pruebas de los conflictos positivos.

Resta el problema más arduo: ¿podría declararse inconstitucional y anularse directamente una ley a instancias de unas Corporaciones Locales? De resultar afirmativa la respuesta, se facilitaría mucho la disciplina legal del nuevo proceso y evitaríamos artificiosidades. Sin embargo, no creo sea posible, sin reformar la Constitución, ordenar por ley una acción de inconstitucionalidad –cualquiera que sea el nombre que reciba– encaminada a anular normas con rango de ley y a instancias de Municipios y Provincias. Pues la legitimación para esta acción por cualesquiera motivos de inconstitucionalidad –la Norma fundamental no distingue– viene expresamente prevista en el art. 162.1.a) CE y, entre los órganos y fracciones de órganos que allí se enumeran, es manifiesto que no están los entes locales. La exégesis, muy consolidada, que el Tribunal Constitucional ha hecho del citado precepto constitucional –según he detallado en otros estudios– no parece dejar

(9) Ésa era la situación procesal durante la II República conforme al art. 121.c) de la Constitución de 1931 y los arts. 54 y ss. de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales.

margen alguno a ampliaciones o restricciones de los sujetos legitimados por ley ni tan siquiera mediante una reforma del art. 32 LOTC. Ésta ha sido la lectura que casi unánimemente hemos venido haciendo de la Constitución durante dos décadas hasta que surgió el problema que nos ocupa y no advierto razones para cambiarla, forzando indebidamente el sentido de las normas constitucionales; y, menos aún *ex post facto*, lo que no creo contribuyera a reforzar precisamente la voluntad de Constitución sino antes bien la sospecha de no acatar lealmente sus mandatos y de intentar un rodeo a la Constitución¹⁰.

De cierta enjundia empero es la tesis según la cual como el art. 161.1 CE no contiene una enumeración cerrada de las competencias del Tribunal Constitucional, pues habilita a la ley orgánica en su letra d) para atribuirle “las demás materias”, dicha apertura permitiría atribuir a las Corporaciones Locales una acción para instar directamente la anulación de las leyes, por supuestamente tratarse la autonomía local de una nueva “materia”.

Sin embargo, lamento verme obligado a discrepar de estos autores, pues la cláusula del art. 161.1.d) CE no puede entenderse como una remisión en blanco a la ley para vaciar de contenido las demás normas constitucionales que, en el mismo precepto o en otros, disciplinan los procesos constitucionales; en concreto, no puede ser un escudo para desvirtuar la legitimación del art. 161.1.a) CE para el recurso de inconstitucionalidad.

La imprecisión de la expresión “materia” en este contexto, por otra parte, debe determinarse entendiéndola como “proceso”, pues, en el resto del art. 161.1, se regulan diversos procesos: recursos de inconstitucionalidad y amparo, y conflictos de competencia. Incluso puede comprenderse como concretas “competencias” sobre esos procesos, p. ej., el amparo electoral. Pero carece de apoyo sistemático alguno su lectura como un “vicio de inconstitucionalidad” independiente, es decir, la competencia local, o como un específico “sector del ordenamiento”, esto es, el régimen local. El vicio de incompetencia local de la ley no puede conceptualmente ser una materia y proceso distinto a la declaración de inconstitucionalidad (así lo ha defendido PÉREZ TREMPES, 1998) en virtud de recurso, cuestión o conflicto. A la identidad entre “materia” y “autonomía local” parece llegarse con independencia del contexto normativo y sistemático en el que se produce la habilitación constitucional al legislador, mediante una exégesis estrictamente literal que no es de recibo.

A mi entender, pues, sin reformar la Constitución, no es posible anular una ley, en virtud de una acción directa, más que a instancias de los legitimados expresamente en el art. 162.1.a) CE. Y tanto una actitud de prudencia como una escrupulosa voluntad de Constitución aconsejan no aprobar una reforma legislativa sometida a una más que razonable sospecha de inconstitucionalidad. La ley como objeto del juicio es directamente intangible en su nulidad salvo para ciertos sujetos constitucionalmente tasados, quienes pueden instar controles jurídicos sucesivos ante el Tribunal Constitucional, siguiendo criterios del constituyente que fueron deliberadamente muy restrictivos y excluyentes. Conviene recordar el debate constituyente y la discusión de la LOTC y algunas de las exclusiones de diversos órganos que se adoptaron. Y esto ocurre, cualquiera que sea el vicio de

(10) No es la primera ocasión en que así ocurre. Recuérdese que antes de procederse a la forzosa reforma del art. 13.2 de la Constitución, de 27 de agosto de 1992, y de dictarse la previa Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, que reconoció la manifiesta incompatibilidad entre el art. 13.2 y el art. 8.B), apartado 1 del tratado de Maastricht, no faltaron tampoco consejeros que intentaron persuadir de la posibilidad de una interpretación manipuladora o correctora de ambas normas, para sortear la evidente necesidad de la reforma. Basta con releer los antecedentes de la Declaración.

inconstitucionalidad, pues la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y las casi dos décadas de jurisprudencia recaída no distinguen a estos efectos entre los distintos y posibles vicios, la lesión de la autonomía local por incompetencia entre ellos. En esto creo consiste el “valor” de ley en sus elaboraciones doctrinales más clásicas: su “intangibilidad” salvo para algunos titulares de acciones. La comprensión y la discusión de este problema no puede afrontarse sólo desde la literalidad de los preceptos constitucionales.

La conclusión expuesta, rigurosa o estricta, de resultar cierta, dificulta notablemente cualquier procedimiento que quiera regularse sin reformar la Constitución y, lamentablemente, nos lleva a diseñar un instrumento indirecto, algo alambicado, para llegar a “tocar” la ley.

Esta prudencia explica mi opción en 1997 por un conflicto local indirecto frente a leyes, y análogo al dispuesto en el art. 67 LOTC, al venir trabado con ocasión de disposiciones y actos viciados de inconstitucionalidad e incompetencia por la ley. Pedir la declaración de nulidad de la ley a instancias de unos nuevos sujetos, no previstos constitucionalmente, mediante el artificio de la impugnación indirecta de un acto aplicativo de la ley era algo que estimé debía ser constitucional, puesto que ya ocurre para las personas físicas y jurídicas —tampoco legitimadas para recurrir directamente la ley— en el llamado “recurso indirecto contra leyes” o amparo que, tras ser otorgado, da lugar a una autocuestión. Así como, probablemente, la propuesta, algo posterior en el tiempo, de Tomás FONT construida sobre un recurso contencioso-administrativo y una cuestión de inconstitucionalidad.

Y la solución que finalmente la modificación de la LOTC realiza, acaba también por configurar un conflicto en esencia indirecto contra leyes. La Ley sigue las indicaciones del Consejo de Estado, quien tampoco parece compartir esas posiciones generosas en el reconocimiento de pretensiones anulatorias de leyes, en su Dictamen, de fecha 18 de junio de 1998, puesto que, cuando se reclamó su arbitraje, afirmó con rigor:

“no habría de considerarse vedado un conflicto directo respecto de leyes (...) siempre y cuando su fin inmediato no sea, formalmente, alcanzar un pronunciamiento sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad” (p. 22).

K) EL COMPLEJO RESULTANTE DE DOS PROCEDIMIENTOS: UN CONFLICTO DECLARATIVO Y UNA POSTERIOR AUTOCUESTIÓN QUE DETERMINA EN SU CASO LA NULIDAD

Para solventar este aparente *impasse* ha habido distintas propuestas doctrinales, y una larga discusión entre especialistas y Grupos parlamentarios. Finalmente, el Gobierno presentó, al Consejo de Estado, dos proyectos de ley alternativos: un conflicto directo frente a leyes; y otro indirecto frente a disposiciones y actos viciados de incompetencia por la ley, un procedimiento análogo al ya experimentado con el art. 67 LOTC. El citado órgano consultivo sugirió, *motu proprio*, un tercer diseño procesal (la idea ya había sido incidentalmente apenas apuntada por Tomás FONT 1997A), articulado en dos fases, o, mejor, en dos procedimien-

tos: un conflicto contra leyes, limitados sus efectos a declarar la titularidad de la competencia controvertida, esto es, sin hacer un pronunciamiento de nulidad de la ley; seguido de la promoción de una autocuestión de inconstitucionalidad, si el Pleno decide plantearse la inconstitucionalidad de la ley tras la resolución del conflicto que hubiere declarado la vulneración de la autonomía local. En suma, un expediente análogo al art. 55.2 LOTC. Y el Gobierno, bien para generar el imprescindible consenso entre los Grupos parlamentarios, al abrigo del arbitraje del supremo órgano consultivo de la Nación, bien convencido de la idoneidad de la fórmula, acogió este diseño procesal en el art. 75 quince, apartados 5º y 6º, del proyecto de reforma.

¿Qué decir ante este estado de la cuestión? Éste es, en verdad, un conflicto atípico —quiero decir nuevo, sin precedentes conocidos— el que inventa el Consejo de Estado. Los efectos de la Sentencia de conflicto son casi meramente declarativos, restan reducidos a la declaración de titularidad de la competencia o atribución y a las medidas de restablecimiento (art. 75 quince.5), sin poder anular la disposición legislativa enjuiciada. Diríase que el conflicto casi se agota, si la Sentencia fuera “estimatoria de la vulneración de la autonomía local”, en el ulterior planteamiento de una autocuestión para producir “una segunda Sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley vulneradora a partir de la decisión de un órgano legitimado para abrir la vía a ella conducente” (p. 24 del mencionado Dictamen). Ésta es la filosofía de ese doble procedimiento.

Habrà que reflexionar con calma sobre la nueva técnica. Pero no quisiera yo también asemejarme al jurista ansioso cuyo celo ante cualquier propuesta nueva al principio he censurado. Tras los primeros momentos, reconozco que presididos por un cierto desconcierto doctrinal ante la novedad acuñada por el supremo órgano consultivo, se me ocurre pensar que esta disociación entre “inconstitucionalidad por incompetencia” y “nulidad” puede acaso encontrar apoyo en una interesantísima doctrina que inicia de forma expresa la STC 195/1998. En el caso de las Marismas de Santoña y Noja, la inconstitucionalidad de un ley, por las que se declaraba las marismas reserva natural, del Estado viciada de incompetencia no llevó aparejada la inmediata declaración de nulidad, los efectos quedaron diferidos (una “nulidad diferida” o prospectiva que en su día sugirió Kelsen) a cuando la Comunidad Autónoma dictase la pertinente ley nueva, para no levantar la protección medioambiental de las zonas. Una doctrina sobre la que debe profundizarse y extraer consecuencias.

**NO ES POSIBLE ANULAR
UNA LEY EN VIRTUD DE UNA
ACCIÓN DIRECTA A
INSTANCIA DE LOS ENTES
LOCALES SIN UNA PREVIA
MODIFICACIÓN DE LA
CONSTITUCIÓN, DE AHÍ QUE
LOS EFECTOS DE LA
SENTENCIA DE CONFLICTO
SE REDUZCAN A LA
DECLARACIÓN O ATRIBUCIÓN
DE LA TITULARIDAD DE LA
COMPETENCIA AL ENTE
LOCAL**

Yo mismo he sostenido en otro lugar (1998 A) que, en buena teoría, el verdadero objeto –esencial e indefectible– del proceso de conflicto es la discusión competencial y no la pretensión anulatoria de una disposición o acto que, en modo alguno es un elemento indefectible ni de la demanda ni del fallo o parte dispositiva de la sentencia. Los conflictos positivos entre el Estado y las Comunidades Autónomas son un banco de pruebas en el que ya se ha experimentado la práctica de numerosas Sentencias en las que, por variadas razones, no se declara la nulidad de la disposición controvertida y viciada de incompetencia.

L) REFLEXIÓN FINAL

Pero, mientras tanto, quizá no sea muy conveniente continuar centrando el debate sólo en aspectos adjetivos o de procedimiento, algo artificiales, en vez de discutir problemas reales y sustantivos. Sabemos que la misma LOTC contempla depurados procedimientos (v. gr. los conflictos negativos previstos en los artículos 68 a 72), con regulaciones muy técnicas, que apenas han servido para resolver algo de utilidad para los intereses públicos o privados. Conviene que las Corporaciones Locales lleguen con sus disputas frente a leyes ante el Tribunal Constitucional para alcanzar una interpretación constitucional de su esfera de actuaciones, y cimentar un basamento estable para el desarrollo pleno de un Estado compuesto de tres términos. Ésta es la fase actual del Estado de las autonomías o, cuando menos, uno de sus ingredientes esenciales. Estimo que es, en cambio, relativamente indiferente, a esos efectos, el iter procesal, técnicamente más o menos correcto, que se arbitre por el legislador. Mucho más importante es actuar con prudencia, alejando cualquier razonable duda sobre la comisión por el legislador de un “fraude o rodeo a la Constitución”, lo que constituiría un precedente peligrosísimo para nuestra aún joven democracia en los actuales momentos del Estado autonómico. Esta “voluntad de Constitución” en tiempos de mudanzas estimo es más importante que la perfección técnica de las leyes. Siempre estaremos a tiempo de modificar una reforma procesal de una ley, si resultase disfuncional o inoperante. Pero difícilmente podría recuperarse la quiebra del consenso entre las fuerzas políticas en el respeto a la Norma fundamental. “Así es, si así le parece” al Consejo de Estado, al Gobierno que ejerció la iniciativa legislativa y, además, si así se facilitó el imprescindible consenso entre los Grupos parlamentarios de las Cámaras que siempre requiere la aprobación de una reforma procesal. Nos corresponde, desde ahora, a la doctrina científica y al propio Tribunal Constitucional hacer operativo el nuevo proceso.

Mis dudas se sitúan no tanto en el riesgo de una avalancha de asuntos locales, radicados ante la jurisdicción constitucional por el nuevo conflicto, sino en el extremo contrario ¿permitirá una fórmula tan complicada –legitimación selectiva, dictamen preceptivo, ulterior autocuestión– el advenimiento de las entidades locales con sus problemas jurídicos ante el intérprete supremo de la Constitución o seguirá siendo más sencillo intentar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad?. Si los fuertes requisitos subjetivos exigidos por la Ley, una vez adquirida la necesaria experiencia, se revelaran como inalcanzables, podría bastar con rebajar el número de los entes locales exigibles o, incluso, con suprimir la exigencia –duplicada a la primera– de que supongan un

elevado porcentaje de población. La prudencia del legislador en no sobrecargar de asuntos al Tribunal Constitucional —ya muy agobiado de recursos— puede haber sido excesiva, y un pequeño retoque legal acaso sea en el futuro necesario.

BIBLIOGRAFÍA

Se refieren los autores bien citados, aludidos o utilizados en la construcción de este texto u otros trabajos míos sobre el mismo asunto; vienen ordenados por orden alfabético; cuando se mencionan dos o más trabajos de un mismo autor, aparecen identificados en el estudio por el año de la publicación.

AJA, Eliseo: “Configuración constitucional de la autonomía municipal” en Tomás FONT (dir.): *Informe sobre el Gobierno local*, MAP-Fundación Pi Suver, Madrid, 1992, págs. 64 y ss.

ALLUÉ BUIZA, Alfredo: *Legitimación de las Comunidades Autónomas en el recurso de inconstitucionalidad*, Universidad de Valladolid, 1992.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique: “Algunas consideraciones sobre el acceso de los entes locales al Tribunal Constitucional; en *El Consultor*, n° 10, 1999, pág. 1602.

BANDRÉS, José Manuel: “La tutela jurisdiccional del principio de autonomía local en España a través del planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional” en VVAA: *El acceso de los entes locales al Tribunal Constitucional y la protección de la autonomía local*, Documents Pi y Sunyer, núm. 3.

BARBERA, Augusto: *Regioni e interesse nazionale*, Milán, Giuffrè, 1973.

CANOSA USERA, Raúl: *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, Estudios Trivium, Madrid, 1992.

CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, José Luis: “El Debate sobre la autonomía municipal” en *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998, pág. 59.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón: *Los derechos históricos de los territorios forales*, CEC-Civitas, Madrid, 1985, Capítulo VI “Reflexiones finales sobre la posición constitucional y estatutaria de los Territorios Históricos y su protección jurisdiccional”.

FANLO LORAS, Antonio: *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, CEC, Madrid, 1990.

FERNÁNDEZ CORONADO, Myriam y otros: “El acceso de las Corporaciones Locales ante el Tribunal Constitucional: la propuesta de la FEMP” en VVAA: *El acceso de los entes locales al Tribunal Constitucional y la protección de la autonomía local*, ob.cit.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional* (Comentarios al Título III de la LOTC), Marcial Pons, Madrid, 1994.

FONT I LLOVET, Tomás: “El recurso de protección constitucional de la autonomía local” en *VVAA: Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, INAP, Madrid, 1997 (A), pág. 89.

– *Dret local (ordenances, activitats i serveis públics)*, coordinador, Marcial Pons-Universitat de Barcelona-Universidad Autónoma de Barcelona, 1ª edición, 1997 (B).

– “La nueva posición de la Administración local en la evolución del Estado de las Autonomías” en *VVAA: Informe Comunidades Autónomas 1998*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1999, pág. 647.

GARCÍA MORALES, María Jesús: “La impugnación de normas por los Municipios ante el Tribunal Constitucional en Austria” en *VVAA: Anuario de Gobierno local*, 1997, dirigido por Tomás Font, Marcial Pons y Diputació de Barcelona, Madrid, 1997, pág. 307.

GARCÍA MORILLO, Joaquín: *La configuración constitucional de la autonomía local*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

GARCÍA ROCA, Javier: *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1992.

– “Sobre la posibilidad de configurar una acción para la defensa de la autonomía local por sus propios titulares ante el Tribunal Constitucional” en *VVAA: Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, ob. cit., pág. 15.

– “Una teoría de la Sentencia en el conflicto constitucional entre entes territoriales” en *VVAA: La Sentencia en los conflictos constitucionales de competencia*, Tribunal Constitucional-CEC, Madrid, 1998 (A).

– “La garantía constitucional de la autonomía de las Corporaciones locales frente a la Ley: el conflicto local” en *VVAA: Administraciones Públicas y Constitución (Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978)*, coordinado por Enrique Álvarez Conde, INAP, MAP, Madrid, 1998 (B).

– *Cargos públicos representativos (Un estudio del art. 23.2 CE)*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

– “Sobre el Estado de tres términos y la dimensión hermenéutica constitucional que introduce el nuevo conflicto en defensa de la autonomía local: temores y círculo de ansiedades”, en *VVAA: El desarrollo del Gobierno Local (una aproximación doctrinal)*, INAP, Madrid, 1999.

– “El Tribunal Constitucional como Tribunal de conflictos: sobre los conflictos constitucionales” en *VVAA: La Constitución española de 1978: balance de veinte años*, coordinado por Luis López Guerra y Gumersindo Trujillo, CEC, de próxima publicación.

– “Federalismo español, Municipalismo y conflicto constitucional local” en *Leviatán*, monográfico sobre autonomía local, de próxima aparición.

GÓMEZ MONTORO, Ángel: “La garantía constitucional de la autonomía local (Algunas consideraciones sobre el Proyecto de Reforma de la LOTC)” en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, marzo 1999, núm. 1, pág. 17.

GROPPI, Tania: “La tutela costituzionale dell’art. 128 della Costituzione, ovvero il ricorso diretto dei Comuni e delle Provincie alla Corte Costituzionale” *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Roberto Bin e Cesare Pinelli, Giappichelli editore, Turín, 1996, pág. 163.

GROTTANELLI DE SANTI, Giovanni: *I conflitti di attribuzioni tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni*, Milán, Giuffrè, 1961.

HINTERAUER, Werner: Informe presentado por el Tribunal Constitucional de Austria en VVAA: *Tribunales Constitucionales europeos y autonomías territoriales*, CEC-Madrid, 1985, pág. 77.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “Notas sobre la protección de la autonomía local frente al legislador en el Derecho español” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998, pág. 33.

LEGUINA VILLA, Jesús: “Los territorios históricos vascos: poderes normativos y conflictos de competencia” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, págs. 63 y ss.

LÓPEZ GUERRA, Luis: “Algunas propuestas sobre los conflictos positivos de competencia” en VVAA: *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 1979-1994*, TC-CEC, Madrid, 1995, pág. 193.

MARTÍN MATEO, Ramón: “La garantía institucional de la autonomía local” en *REALA*, núm. 208, 1980, pág. 624.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel: “Las relaciones de cooperación, control y conflictividad entre el Estado y las Comunidades Autónomas” en VVAA: *Derecho Público de Castilla y León*, coordinado por Javier García Roca, INAP-Junta de Castilla y León-Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, pág. 333.

MORELL OCAÑA, Luis: *La Administración local*, Tecnos, Madrid, 1984.

– “La autonomía local: cualidad de una colectividad o de una institución” en VVAA: *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, ob. cit., 1997, pág. 89.

OLIVER ARAUJO, Joan: *El recurso de amparo, Estado y Derecho*, Palma de Mallorca, 1986.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: *El régimen constitucional de las competencias locales*, INAP, Madrid, 1988.
– “La Carta Europea de Autonomía Local y el ordenamiento local español” en *REALA*, núm. 259, 1993, pág. 475.

PAREJO ALFONSO, Luciano: *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981.

– “La protección jurídica de la autonomía local en el derecho español” en VVAA: *El acceso de los entes locales al Tribunal Constitucional y la protección de la autonomía local*, ob. cit., y en VVAA: *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, ob. cit., 1997, pág. 123.

– *Autonomías locales, descentralización y vertebración del Estado*, coordinador, OCI-Universidad Carlos III, Madrid, 1998.

– “La defensa constitucional de la autonomía local” en *Actualidad Administrativa*, La Ley-Actualidad, núm. 128, 13 al 19 de julio de 1998, pág. 601.

– *La potestad normativa local*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

PÉREZ TREMPES, Pablo: “Autonomía local y procesos constitucionales” en VVAA: *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, ob. cit., 1997, pág. 55.

– *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

PIZZETTI, Franco: *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, Giuferrè, Milán 1979.

REQUEJO, Juan Luis: “El recurso de amparo” en *VVAA: Jurisdicción y procesos constitucionales*, Mc. Graw Hill, Madrid, 1997, Capítulo V.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, José Manuel: *La Carta Europea de la Autonomía Local*, Bayer Hnos, Barcelona, 1996.

RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge: “La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios” en *VVAA: La Provincia en el sistema constitucional*, dirigido por R. Gómez Ferrer, Diputación de Barcelona-Civitas, Madrid, 1991, pág. 465.
– “La autonomía local en el Tribunal Supremo español” en *VVAA: El acceso de los entes locales al Tribunal Constitucional y la protección de la autonomía local*, ob.cit.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *La apertura constitucional al Derecho internacional de los Derechos Humanos*. El art.10.2 CE, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SALAS, Javier: “La defensa directa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional” en *REALA*, núm. 245, pág. 9.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: “La legitimación activa en los procesos constitucionales” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, págs. 9 y ss.
– “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Administración local” en *VVAA: Tratado de derecho municipal*, Civitas, Madrid, 1988, Capítulo III, págs. 129 y ss.
– *La autonomía municipal. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.

SIMON, Helmut: “La jurisdicción constitucional” en *VVAA: Manual de Derecho Constitucional*, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996, Capítulo XVI, págs. 822 y ss.

SOSA WAGNER, Francisco: *Manual de derecho local*, Tecnos, Madrid, 1987.
– “Creación y supresión de Municipios y alteración de sus términos” en *VVAA: Derecho Público de Castilla y León*, coordinado por Javier García Roca, ob. cit., pág. 281.

TEROL BECERRA, Manuel: *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1988, en especial el Capítulo II “Los conflictos legislativos de competencia. Su sustanciación mediante el procedimiento del recurso de inconstitucionalidad”.
– *El conflicto positivo de competencia*, Tirant lo Blanch-Junta de Andalucía, Valencia, 1993.
– *VVAA: El acceso de los entes locales al Tribunal Constitucional y la protección de la autonomía local*, ob. cit., “Conclusiones de la Conferencia Europea sobre la Carta de la Autonomía local”.

Las competencias como paradigma de la autonomía local

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. Introducción. II. La regulación constitucional de las competencias locales.

1. La renovada importancia de los elementos constitucionales del régimen local como base del conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional.

2. Los elementos en cuanto a la naturaleza de las competencias. 3. Los elementos en cuanto al ejercicio de las competencias. A) La autonomía local. B) La garantía institucional del autogobierno. 4. Elementos en cuanto al ámbito de las competencias.

5. Elementos en cuanto al sistema de fuentes de ordenación de las competencias locales. 6. El significado final de estos elementos constitucionales. **III. La regulación básica estatal.**

1. El reconocimiento del Municipio como ordenamiento jurídico.

2. Competencias que deben ser atribuidas por el legislador sectorial. 3. Las actividades complementarias. 4. La reserva material de actividades. A) Los servicios de prestación municipal obligatoria. B) La reserva de servicios esenciales. **IV. Clasificación y régimen de las competencias locales.**

1. La clasificación de las competencias locales. 2. Las competencias de los Municipios en tanto que entes dotados de autonomía política.

3. Las competencias de los Municipios en cuanto parte de la organización del Estado.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de las competencias locales nos estamos refiriendo al volumen de poder político y administrativo que el ordenamiento jurídico atribuye al escalón local dentro de la organización territorial de poderes públicos. Históricamente se ha producido un debate permanente acerca de la naturaleza de las competencias locales en relación

a las ostentadas por el Estado, a su número, a los controles ejercidos sobre ellas y a la existencia o no de una reserva de ley para su atribución¹.

La aprobación de la Constitución de 1978 reabrió estos debates, tanto desde una perspectiva esencialmente jurídica referida al reconocimiento de la autonomía local y a la formulación de la garantía institucional de dicha autonomía, como desde la perspectiva política de configuración institucional de los Entes Locales dentro del nuevo marco del Estado de las Autonomías².

Una temprana doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 4/1981, de 2 de febrero y 32/1991, de 28 de junio) y el desarrollo legislativo del nuevo régimen constitucional elaborado por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), constituyen, sin duda, el cuerpo interpretativo y normativo más sólido del actual ordenamiento local, que debe ser completado por las leyes autonómicas generales de régimen local y los principios que puedan derivarse de la Carta Europea de la Autonomía Local (CEAL) y los nuevos principios comunitarios de articulación de competencias como los de subsidiariedad y de proporcionalidad.

El nivel de descentralización alcanzado en favor de las Comunidades Autónomas ha vuelto a poner sobre la mesa la necesidad de acometer un proceso de descentralización de las competencias autonómicas en los Entes Locales. Esta iniciativa fue protagonizada por la FEMP, mediante la aprobación, el 24 de septiembre de 1996, del documento denominado “Bases para el Pacto Local”, en el cual se reclamaba un importante paquete de competencias relativo a un amplio conjunto de materias³. Sin embargo, el resultado conocido ha sido el de la modificación de la legislación estatal sobre el régimen local, con una escasa incidencia en el sistema competencial.

Intentaremos en las páginas siguientes dar cuenta de todo este amplio panorama dentro de una visión doctrinal cuyos elementos esenciales ya tuve ocasión de exponer en otros trabajos⁴.

II. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS COMPETENCIAS LOCALES

1. La renovada importancia de los elementos constitucionales del régimen local como base del conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional

Es sabido por todos que la base del sistema de descentralización política configurado por el Estado de las Autonomías descansa en el reparto competencial que recoge la Constitución

(1) Ver, por todos, para este debate histórico: MORELL OCAÑA: *El régimen local español*, Civitas, Madrid, 1988.

(2) Un resumen de las novedades aportadas por el ordenamiento constitucional pueden verse en la obra colectiva dirigida por Tomás FONT: *Informe sobre el Gobierno local*, MAP, Madrid, 1992.

(3) Estas materias se extendían, en concreto, a las siguientes áreas: consumo, deportes, educación, empleo, juventud, medio ambiente, mujer, ordenación del territorio y urbanismo, patrimonio histórico-artístico, protección civil, sanidad, servicios sociales, transportes, turismo y vivienda.

(4) Ver, por todos, *El régimen constitucional de las competencias locales*, INAP, MADRID, 1988.

(arts. 148 y 149) entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sin embargo, en nuestra historia constitucional, el reconocimiento de un poder político propio a los Entes Locales y más singularmente a los Ayuntamientos ha constituido uno de los grandes motivos del debate político surgido entre conservadores y progresistas⁵. Por ello, pese a que indudablemente no es equiparable la opción descentralizadora que hace nuestra Constitución entre el poder político previsto para las Comunidades Autónomas respecto del de los Entes Locales, no por eso deja de ser significativo el modelo de régimen local que preside nuestro texto constitucional, basado en un sistema de autonomía que rompe con el centralismo controlador que el Estado había venido ejerciendo sobre los Municipios en toda la etapa anterior de la Dictadura franquista.

No son muchos, en efecto, los preceptos constitucionales que se refieren a los Entes Locales y, más específicamente, a los Municipios, los cuales van a ser el objeto central de este estudio, ya que su extensión al régimen provincial y al análisis de los casos de las Ciudades de Ceuta y Melilla desbordarían el espacio de esta contribución. Sin embargo, estos concretos preceptos constitucionales que veremos a continuación nos describen una posición jurídica de los Municipios que es desconocida en nuestra historia constitucional⁶.

En el artículo 133.2 se les reconoce la capacidad para establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes. En el artículo 137 se les contempla como elementos de la organización territorial del Estado y se predica de ellos el atributo de la autonomía para la gestión de sus propios intereses. El artículo 140 refuerza el reconocimiento de su autonomía y atribuye a sus órganos internos su gobierno y administración. El artículo 142, por fin, predica el principio de suficiencia financiera de las Haciendas locales y somete a reserva de Ley la manipulación de las competencias locales, tanto para su atribución como para su desapoderamiento.

Son, como vemos, un conjunto de elementos constitucionales expresos que ponen las bases de una construcción del régimen constitucional de las competencias locales en una labor iniciada por la doctrina (SOSA, PAREJO, MARTÍN MATEO, EMBID, LEGUINA, FONT, SÁNCHEZ MORÓN, FANLO, MIR, etc.) y seguida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que

**EN EL DOCUMENTO
DENOMINADO “BASES PARA
EL PACTO LOCAL” SE HA
MATERIALIZADO LA
INICIATIVA DE ACOMETER
UN PROCESO DE
DESCENTRALIZACIÓN DE UN
BUEN NÚMERO DE
COMPETENCIAS DE LA
COMUNIDADES AUTÓNOMAS
A FAVOR DE LOS ENTES
LOCALES, DADO EL ALTO
GRADO DE DESCENTRALIZACIÓN
ALCANZADO POR ELAS**

(5) Concepción DE CASTRO: *La Revolución Liberal y los Municipios españoles*, Alianza Universidad, Madrid, 1979.

(6) Para un análisis detallado de estos elementos constitucionales, ver FANLO LORAS: *Fundamentos constitucionales de la Autonomía Local*, CECO, Madrid, 1990.

delimitan el ejercicio de la potestad legislativa del Estado y de las Comunidades Autónomas en el diseño final del régimen local.

La importancia de esta construcción constitucional del régimen local, referida específicamente a las competencias locales, ha recobrado una singular importancia de la mano de la Ley 7/1999, de 21 de abril, que reforma la Ley 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC) e introduce un conflicto en defensa de la autonomía local⁷.

En efecto, aunque terminológicamente vemos que el conflicto se refiere a la “defensa de la autonomía local” y el objeto del mismo, según el artículo 75 bis LOTIC se concreta en “las normas del Estado con rango de ley o disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada”, el artículo 75 quince determina, en su apartado 5, que “la sentencia declarará si existe o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada determinando, según proceda, la titularidad o atribución de la competencia controvertida y (...)”. Es decir, que aunque lógicamente a través de este conflicto puedan protegerse otros elementos de la autonomía local, como la ausencia de controles de oportunidad, en la mayor parte de los casos es previsible que el conflicto sirva para operar en el ámbito de la distribución competencial. Precisamente cuando la doctrina ha destacado la ausencia de una acción ante el Tribunal Constitucional en defensa de la autonomía local, lo que primordialmente tenía en la cabeza era la protección del ámbito competencial constitucionalmente garantizado⁸.

Por ello, tiene una importancia de primer orden recordar todas las bases constitucionales que amparan el ámbito competencial local, puesto que en el futuro los conflictos constitucionales que se presenten tendrán que basarse en una vulneración de algunos de los elementos constitucionales que ordenan el régimen competencial local.

2. Los elementos en cuanto a la naturaleza de las competencias

Los elementos antes descritos nos permiten en primer lugar situar la naturaleza de las competencias locales dentro del sistema de pluralismo político y descentralización territorial operado en el Título VIII de la Constitución, mediante la organización del Estado que hace el artículo 137 en entes políticos territoriales a los que les atribuye una parte del ejercicio del poder constituido. Es decir, su naturaleza participa del modelo constitucional, por lo que no se trataría simplemente de un sistema de construcción legal.

(7) Sobre las bases teóricas para la introducción de esta acción ante el Tribunal Constitucional, puede verse lo expuesto por una pluralidad de autores en la obra colectiva: *Debate de la Autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, MAP, Madrid, 1997.

(8) Así, GARCÍA ROCA: “Sobre la posibilidad de configurar una acción para la defensa de la autonomía local por sus propios titulares ante el Tribunal Constitucional: ¿es factible un conflicto local e indirecto contra leyes?”, en *Defensa de la Autonomía local*, op. cit. pág. 25; FONT: “El recurso de protección constitucional de la autonomía local” en *Defensa de la Autonomía local*, op. cit. pág. 90. Desde la perspectiva de la autonomía provincial, BASSOLS: “Las Diputaciones provinciales a los diez años de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local: experiencias y perspectivas” en *La Provincia en el Estado de las Autonomías*, Diputación de Barcelona/Marcial Pons, pág. 461, Madrid, 1996.

El Tribunal Constitucional ha ratificado este modelo al reconocer que las competencias de los Municipios se refieren a competencias de entes que forman parte de uno de los ordenamientos territoriales garantizados en el artículo 137, que expresan el pluralismo político como una distribución vertical de los poderes (STC 4/1981, de 2 de febrero). De este elemento se deriva para los Municipios un poder normativo propio en cuanto ordenamiento jurídico, que ciertamente deberá someterse a las modulaciones realizadas por el legislador, pero que no puede ser desconocido por este último.

3. Los elementos en cuanto al ejercicio de las competencias

A) La autonomía local

El artículo 137 establece que los Municipios “gozan de autonomía” y el artículo 140 “garantiza la autonomía de los Municipios”. A su vez, el primero de estos preceptos relaciona la autonomía con la gestión de los intereses municipales y el segundo les atribuye, como propias, potestades de gobierno y administración. Ello se conecta con el principio de pluralismo político al ser las instituciones municipales políticamente representativas, donde opera la regla democrática del gobierno de la mayoría, lo que implica, en primer lugar, que la autonomía de gestión de intereses municipales está configurada para expresar la orientación política salida de las urnas en el ejercicio de los asuntos de su competencia.

De igual modo, la autonomía⁹ exige un ámbito de potestades de libre decisión no sometidas a controles gubernativos de otras autoridades que no sean de pura legalidad, en lo que en la terminología alemana se conoce como la *Selbstverwaltung*. El Tribunal Constitucional (STC 4/1981, de 2 de febrero) en aplicación de este principio de autonomía municipal ha resumido sus efectos en tres postulados esenciales:

- No caben controles de legalidad genéricos o indeterminados;
- No es posible ejercer sobre los Municipios una potestad de dirección genérica;
- No caben controles de oportunidad, salvo los de estricta fundamentación constitucional.

En el mismo sentido, la STC de 29 de abril de 1981 declaró la inconstitucionalidad del régimen legal de suspensión de acuerdos municipales existente en base a la legislación franquista.

B) La garantía institucional del autogobierno

Recordemos que el artículo 140 “garantiza” la autonomía de los Municipios. Ello ha tenido como principal consecuencia la aplicación al régimen local español de la construc-

(9) SALAS: “El tema de las competencias: instrumentación de las relaciones entre el Estado y la Administración local desde la perspectiva de la descentralización territorial” en *Descentralización administrativa y organización política*, tomo II, Alfaguara, Madrid, 1973, pág. 372; EMBID: “Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal”, *REDA*, núm. 30, pág. 452.

ción del concepto de garantía institucional elaborado por Carl Schmitt, en base al cual la Constitución garantizaría frente al legislador determinados rasgos institucionales que no pueden ser desconocidos por éste¹⁰. La aplicación de este concepto a los Municipios ha sido acogida por el Tribunal Constitucional, tanto como límite al legislador, como tuteladora de los elementos que hacen de la institución reconocible como tal por los ciudadanos (STC de 17 de julio de 1981). Por ello, la garantía institucional refuerza hoy en día unos de los elementos esenciales que se predicán de la reconocibilidad de los Municipios como es el autogobierno en términos de autonomía política y la participación directa de los ciudadanos en su gestión.

4. Elementos en cuanto al ámbito de las competencias

Al predicarse la autonomía local con relación a los intereses propios de los Municipios en el artículo 137, se produjo por parte del Tribunal Constitucional una primera interpretación con relación al ámbito de la autonomía local, en la que se ligaba ésta a la extensión de los intereses propios de los Entes Locales (STC de 2 de febrero de 1981). Pero de esta forma se abría una línea interpretativa muy peligrosa para el futuro local, ya que aparecían concebidos los intereses locales como un tipo de intereses diferenciados y distintos de los intereses de los otros niveles de gobierno estatal y autonómico. Ello implicaba que la garantía derivada de la Constitución sólo se extendía a aquellos asuntos que no pudieran ser objeto de interés estatal y autonómico, lo que dejaba reducidos los intereses locales protegidos a los propios de los Municipios rurales del siglo pasado y situaba fuera de los mismos a los asuntos que tuviesen una dimensión metropolitana.

Para el cambio de esta orientación, fueron decisivos el recordatorio de las elaboraciones de la doctrina española de los años sesenta que combatía el carácter “natural” de las entidades locales y reivindicaba la identidad e intercambiabilidad de las esferas de asuntos locales y estatales¹¹ y la recepción de la mano de PAREJO¹² de la doctrina de un autor alemán que, al interpretar el artículo 28.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que también garantiza la autonomía local con relación a los asuntos de la comunidad local, adujo que la garantía se refería no al conjunto de materias “típicamente locales”, sino a una atribución de poderes a los Entes Locales para la satisfacción de los intereses de los ciudadanos¹³. Así, los “respectivos intereses” del artículo 137 no se predicarían de los Municipios sino de los ciudadanos de esos Municipios. Esta interpretación se refuerza hoy día desde el artículo 3.1 CEAL donde, al abordar la definición de la autonomía local, se habla de la necesidad de que las colectividades locales gestionen una parte importante de los asuntos públicos en beneficio de sus habitantes. Como puede verse, la conexión de las com-

(10) PAREJO: *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981.

(11) ALBI: *La crisis del municipalismo*, IEAL, Madrid, 1968; GARCÍA DE ENTERRÍA: “Administración local y Administración periférica del Estado: problemas de articulación” en *La Administración española*, Alianza Editorial, Madrid, 1972.

(12) PAREJO: *Garantía institucional*, op.cit., págs. 17 y ss.

(13) BURMEISTER: *Verfassungstheoretische Neukonzeption der Kommunalen selbstverwaltungsgarantie*, Múnche, Verlag Vahlen, 1977.

petencias locales no se realiza con relación a asuntos exclusivamente locales, sino con la generalidad de los asuntos públicos, en la medida en que con la intervención del Ente Local se obtenga un beneficio para sus habitantes.

El Tribunal Constitucional acogió rápidamente esta doctrina en su Sentencia de 28 de julio de 1981, rechazando, en primer lugar, la teoría de los intereses naturales de los Entes Locales ya que su reconocimiento, en sus propias palabras, “en razón de la creciente complejidad de la vida social, que ha difuminado la línea delimitadora de los intereses exclusivamente locales, abocaría en un extremado centralismo”. En segundo lugar, liga la autonomía local a los intereses de la comunidad de ciudadanos: “la autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a la participación, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen”. Finalmente, se establece una conexión entre la autonomía local y la existencia de competencias propias: “para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración de cuanto les atañe, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de potestades, sin las que ninguna actuación autónoma es posible”.

De lo expuesto se deriva, por tanto, que, desde el prisma constitucional, el ámbito de las competencias locales como potestades propias que expresen poderes de gobierno y administración debe extenderse a cuantos asuntos puedan afectar, como tal, a la comunidad local. Es decir, pese a que existe un reparto constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, éstos no pueden agotarlas totalmente entre sí, ya que una parte del poder constituido les es atribuido conceptualmente a los Entes Locales y este poder implica su intervención en todo lo que concierne a los asuntos de la comunidad local.

No existe en el artículo 137 CE una remisión al legislador para que sea éste el que delimite libremente el ámbito al que se extiende la gestión autónoma de los intereses locales. El hecho de que no exista un listado competencial en el texto constitucional, no impide que juegue, antes que la voluntad del legislador, el efecto de esta cláusula general constitucional de atribución en favor del poder local.

No es otra la interpretación que el Tribunal Constitucional alemán ha dado para definir el contenido esencial de la autono-

LA AUTONOMÍA LOCAL DE LA QUE HABLA EL ARTÍCULO 137 CE HA DE ENTENDERSE LIGADA A LA ATRIBUCIÓN DE PODERES A LOS ENTES LOCALES PARA LA SATISFACCIÓN DE LOS INTERESES DE LOS CIUDADANOS DEL MUNICIPIO Y NO DE ÉSTE EN SÍ. DE AHÍ QUE EL ESTADO Y LAS CCAA NO PUEDEN AGOTAR SUS COMPETENCIAS ENTRE SÍ, YA QUE UNA PARTE DEL PODER CONSTITUIDO LES ES ATRIBUIDO CONCEPTUALMENTE A LOS ENTES LOCALES, EN TODO LO QUE CONCIERNE A LOS ASUNTOS DE LA COMUNIDAD LOCAL

mía local en la conocida Sentencia *Rastade* de 23 de noviembre de 1988¹⁴. En ella se señala que los poderes locales para actuar en los asuntos locales no necesitan de ningún título específico más allá del propio título constitucional, por lo que se derivaría que esta cláusula general constitucional de habilitación para la actuación en todos los asuntos de la comunidad local sería el elemento fundamental de la autonomía local¹⁵.

Igualmente, para la mencionada Sentencia esta cláusula general extiende sus efectos al sistema de distribución competencial, exigiendo que cuando el legislador pretenda eliminar del ámbito de la competencia local un asunto que atañe directamente a la comunidad local, sólo puede aducir motivadamente la imposibilidad de ordenar de otro modo el ejercicio de la mencionada competencia, sin que sean suficientes los argumentos derivados de la aplicación de economías de escala.

5. Elementos en cuanto al sistema de fuentes de ordenación de las competencias locales

La Constitución configura un sistema complejo de reserva de Ley con relación a los Entes Locales. Así, es necesaria una Ley orgánica para la regulación de su régimen electoral y para la alteración de los límites provinciales. Es objeto de una Ley básica la generalidad del régimen jurídico y de una Ley ordinaria el sistema de atribución de la potestad tributaria y de las competencias sectoriales y la configuración del desarrollo legislativo de la normativa básica. Esta complejidad se manifiesta también en lo que ha dado en llamarse el régimen “bifronte” del sistema de fuentes, ya que el régimen local aparece regulado tanto por normas estatales como por normas autonómicas.

Centrándonos en la legislación básica que el Estado puede elaborar en aplicación del artículo 149.1.18ª sobre el régimen jurídico de los Entes Locales, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 ha elaborado una interesante interpretación del sentido del propio precepto. Señala, así, el Alto Tribunal, que la regla 18ª del artículo 149.1, tiene como característica especial el que no contenga materias concretas atribuidas al aparato central del Estado, sino que de su contenido se deriva que el constituyente ha atribuido aquí al Estado la función de ejercer “una acción reflexiva del Estado como totalidad de la organización política”. Dentro de esta reflexión se debe incluir la regulación de la garantía institucional de la autonomía local como un elemento configurador de ese modelo de Estado, por lo que le corresponde al Estado “la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado”¹⁶.

Pero, además del título de legislador básico derivado de la regulación de la garantía institucional y del régimen jurídico de las Administraciones públicas, el Tribunal Constitucional,

(14) BVerfGE, 79, 1989, págs. 127 y ss.

(15) En el mismo sentido, CARRO: “El debate sobre la autonomía municipal”, RAP, núms. 147, pág. 89.

(16) Interpretación que fue posteriormente ratificada por la STC 214/1989 (FJ 3º) al hilo del recurso de inconstitucionalidad formulado contra la LRRL.

en la misma Sentencia, consideró que el “tratamiento común a los administrados” constituía un título para atribuir por parte del Estado un régimen competencial básico a los Entes Locales, porque dicho tratamiento común “ha de entenderse en un Estado social y democrático de Derecho que configura la Constitución (art.1º.1), con un alcance no meramente formal, sino también, del modo que determine la Ley, con un contenido sustancial de pautas de prestaciones mínimas que deben proporcionarse a todos los ciudadanos”.

Esta doctrina ha determinado la posibilidad que tiene el Estado de atribuir desde la Ley que regula la garantía institucional de la autonomía local el volumen y la calidad propias de un primer conjunto de competencias locales. Pero, además, consiente que el legislador básico sectorial pueda atribuir a los Municipios competencias de ejecución de las que él mismo carece. Finalmente, permite la posibilidad de delegación de competencias del Estado en los Municipios.

Por su parte, las Comunidades Autónomas tienen un amplio campo de regulación local en cuanto legisladoras del desarrollo de las bases estatales y como legisladores sectoriales. La autonomía local en el marco de un Estado Autonómico no exige el uniformismo competencial. Por ello, cada Comunidad Autónoma podrá otorgar mayores competencias a los Municipios y reordenar el sistema competencial existente no garantizado por la Constitución ni por el legislador estatal de la garantía institucional de la autonomía local. No obstante, hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha considerado que esta reordenación “sólo puede hacerse con razón suficiente y nunca en daño del principio de autonomía” (STC de 28 de julio de 1981).

En materia de fuentes hay que tener presente que, el hecho mismo que la Constitución reserve un espacio del poder constituido a los Entes Locales, provoca una suerte de reserva de reglamento, en su versión de ordenanza local. Esto es, en todos aquellos ámbitos propios de la garantía institucional, el legislador no podría ocupar toda la materia, sino que para consentir la expresión política del ordenamiento local debería dejar siempre una parte de la regulación sectorial a la potestad normativa local.

6. El significado final de estos elementos constitucionales

Como se decía al principio, la regulación constitucional de los elementos del régimen local ha cobrado un renovado interés desde el momento en que han pasado a ser el paradigma respecto del cual debe evaluarse la legislación estatal y autonómica que sea sometida al control del Tribunal Constitucional por la vía del conflicto en defensa de la autonomía local¹⁷.

Hemos visto que este paradigma se extiende a distintos elementos constitucionales que cualifican el régimen jurídico de las competencias locales. A este respecto hay que dar cuenta de la existencia de un debate doctrinal acerca de si la teorización de este régimen constitucional se limita a la construcción del concepto de la garantía institucional o va más allá.

(17) A este paradigma de constitucionalidad hay que añadir lo establecido en la LRBRL por virtud de lo establecido en el art. 28.1 LOTC.

Inicialmente AJA¹⁸ y más recientemente GARCÍA MORILLO¹⁹ han planteado críticas a la utilización del concepto de garantía institucional como la vía más adecuada para interpretar el principio de autonomía local. El primero propone la idea de partir del reconocimiento de un contenido complejo de la autonomía municipal y la utilización del método de la “razonabilidad” para la delimitación del ámbito debido a las competencias locales. El segundo plantea la necesidad de concebir la autonomía local como una garantía “constitucional”, que evitaría las insuficiencias del sentido negativo del concepto de garantía institucional, y permitiría “el despliegue de las funciones que la institución tiene constitucionalmente asignada”²⁰. Esta última posición ha sido contestada por PAREJO²¹ y CARRO²², esencialmente en el doble sentido de que la garantía institucional no se limita a defender un contenido competencial mínimo, sino que en su correcto uso incorpora el resto de las regulaciones constitucionales que aseguren la posición y función constitucional de los Entes Locales, y de que los conceptos alternativos adolecerían de los mismos problemas de concreción que se imputan a la garantía institucional.

Precisamente éste es el enfoque de las páginas anteriores que parten de la metodología de entender que las competencias locales se ven presididas por un conjunto de elementos constitucionales que deben ser tomados en su globalidad para una correcta calificación de su régimen jurídico. En efecto, como hemos visto, la Constitución no sólo predica una reserva de ámbito competencial, sino que obliga a concebir que la titularidad y el ejercicio de las competencias se refieren a entes que expresan un ordenamiento territorial que tiene como función la expresión del pluralismo político; que por ello deben poder trasladar en su ejercicio una propia orientación política; que por lo mismo no están sujetas a controles de oportunidad y de dirección política; y que su regulación legal está sometida a un reparto de la función legislativa entre el Estado y las CCAA.

La traslación de la construcción alemana de la garantía institucional, entendida como el respeto por el legislador de la reconocibilidad de las instituciones locales, por sí sola no hubiese supuesto en nuestro ordenamiento un gran avance para la construcción de un Derecho constitucional local, puesto que en nuestra tradición histórica han sido escasos los elementos de la autonomía y la democracia, y ni siquiera se cumplía el mero principio de reserva de ley en la ordenación de las competencias. Hay que decir por ello, que los principios constitucionales actuales del régimen local son en este sentido prácticamente fundacionales.

Se debe recordar, sin embargo, que la utilización por parte de la doctrina del concepto de garantía institucional, tuvo como objeto el teorizar esta construcción completa de la

(18) AJA: “Configuración constitucional de la autonomía municipal”, en *Informe sobre el Gobierno Local*, op. cit., págs. 43 y ss.

(19) GARCÍA MORILLO: *La configuración constitucional de la autonomía local*, Diputació de Barcelona/Marcial Pons, Madrid, 1998. Véanse también las críticas a la garantía institucional contenidas en ESTEVE PARDO: “Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local”, REDC, núm. 11, 1991, págs. 125 y ss.

(20) Op. cit., pág. 37.

(21) PAREJO: “Comunicación”, contenida en GARCÍA MORILLO, *La configuración...*, op. cit., págs. 53 y ss.

(22) CARRO: “El debate sobre la autonomía municipal”, RAP, núm. 147, 1998, págs. 79 y 80.

posición constitucional de los entes locales, que no sólo se refería al elemento cuantitativo de sus competencias sino también a sus elementos cualitativos en un proceso de mutua retroalimentación.

Todo ello hace que entre nosotros la utilización de la garantía institucional ha operado más como un principio del “deber ser” de la institución local, que como un respeto a como “era”. No es, por tanto, un concepto meramente negativo. El que su construcción tenga una función de garantía frente a los excesos del legislador, no significa que lo garantizado sea un elemento estático, ni que se alimente únicamente de elementos históricos.

Al contrario, cuando analizamos el régimen constitucional del régimen local lo que hacemos es extraer lo que, como mandato constitucional, le es indisponible al legislador. Si entendemos como un elemento de la garantía institucional el ámbito de poder político que la Constitución reserva a los Entes Locales, no podemos dejar de desconocer que se trata de entes democráticos, que expresan pluralismo político y que expresan la forma más inmediata y directa de participación política de los ciudadanos. De aquí, que, una correcta interpretación del ámbito de la garantía institucional, implica la aplicación de estos otros principios constitucionales a la hora de delimitar si una concreta competencia entra dentro del ámbito de lo que, derivado del diseño constitucional global, corresponde al Ente Local.

Si, por tanto, se es consecuente con una interpretación de las competencias locales hecha a la luz de la posición constitucional del ordenamiento local, nada cuesta entender que el futuro debate que se originará en los conflictos en defensa de la autonomía local, al analizar la competencia controvertida, partirá de analizar si esta competencia se debe inscribir en el artículo 137 donde se atribuyen a los Entes Locales, como cláusula general, la gestión de sus propios intereses y continuará indagando si esa competencia/interés, por el tipo de Ente del que se predica, se debe articular en competencias propias locales no sometidas a controles de oportunidad.

En conclusión, la alimentación mutua de los distintos preceptos constitucionales que regulan el régimen local hace que, tal como se deriva de la Sentencia Rastade del Tribunal Constitucional alemán, en primer lugar debamos delimitar si la competencia controvertida pertenece o no a la cláusula general

**LA REGULACIÓN
CONSTITUCIONAL DE LOS
ELEMENTOS DEL RÉGIMEN
LOCAL HA COBRADO DE
NUEVO INTERÉS, YA QUE
HAN PASADO A SER EL
PARADIGMA RESPECTO AL
CUAL DEBE EVALUARSE LA
LEGISLACIÓN ESTATAL Y
AUTONÓMICA QUE SEA
SOMETIDA AL CONTROL DEL
TC POR LA NUEVA VÍA DEL
CONFLICTO EN DEFENSA DE
LA AUTONOMÍA LOCAL**

de atribución a los Entes Locales de la gestión de sus propios intereses y, si pertenece, habrá que operar una ponderación en términos de proporcionalidad entre las razones del desapoderamiento de la competencia que hubiese aportado el legislador estatal o autonómico y los principios constitucionales que abogan por que tal competencia permanezca en el ámbito local.

III. LA REGULACIÓN BÁSICA ESTATAL

1. El reconocimiento del Municipio como ordenamiento jurídico

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), ha procedido a dar los pasos necesarios para el reconocimiento del Municipio como ordenamiento jurídico al declararlo, en primer lugar, en su artículo 4 como Administración pública de carácter territorial y atribuirle los poderes típicos de un ordenamiento jurídico, singularizados en las potestades normativas y de autoorganización. También el artículo 11 le reconoce la plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

Este reconocimiento se completa, no obstante, con la garantía de su participación en los asuntos que afecten a la colectividad local (art.1.1) expresado en el artículo 2 mediante un mandato dirigido a los legisladores sectoriales, en el sentido de que aseguren el derecho a dicha intervención. No obstante, ya el legislador básico, en una clara expresión de reconocimiento ordinamental, le atribuye en términos genéricos la potestad de promover toda clase de actividades y de prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. También desde el artículo 4.2 de la Carta Europea de Autonomía Local (CEAL) se proclama que las colectividades locales tienen libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad.

Desde esta perspectiva ordinamental, por tanto, el legislador básico ha operado una pluralidad de intervenciones que aseguren el marco competencial local a través de tres instrumentos que vamos a ver a continuación: el mandato de atribución competencial dirigido a los legisladores sectoriales; las actividades complementarias; y la reserva material de actividades.

2. Competencias que deben ser atribuidas por el legislador sectorial

Ya se ha señalado que el artículo 2 LRBRL contiene un mandato dirigido al legislador sectorial –sea éste estatal o autonómico– de asegurar el derecho de los Municipios a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de los intereses de la comunidad local. Esta intervención se debe articular mediante la atribución de competencias en función de criterios objetivos, ya que no cabe, en base al artículo 9 LRBRL atribuciones

competenciales singulares a determinados Entes Locales. Estos criterios objetivos se refieren a las características de las materias a atribuir y a la capacidad de gestión del Municipio, todo ello dentro de los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos. Ello quiere decir que, si la índole de la materia no lo impide y el Municipio ostenta una previsible capacidad de gestión deben serle atribuidas competencias hasta dicho límite.

Por su parte, los principios señalados juegan como tendencia hacia la atribución competencial como una regla que sólo la prueba en contrario pueden destruir. De forma más clara se señala este mismo mandato en el artículo 4.3 CEAL, que recoge en beneficio de las Entidades Locales el principio de subsidiariedad, en base al cual la regla general que debe presidir la atribución de competencias es que éstas sean ejercidas por el escalón más próximo a los ciudadanos. Sólo cuando la amplitud o la naturaleza de la tarea o razones de eficacia o economía lo prueben, debe ejercerse la competencia por una autoridad territorialmente superior²³.

Este mandato se vuelve a concretar en el artículo 25 con relación a un amplio listado de materias, en las que, los Municipios “en todo caso” deben ejercer competencias en los términos que dispongan los legisladores sectoriales estatal y autonómico. Se trata esencialmente de materias que coinciden con el listado contemplado en el artículo 148 CE, aunque la nota que preside es la de la heterogeneidad, en cuanto que junto a materias genéricas como el patrimonio histórico-artístico conviven actividades concretas como la pavimentación de las vías públicas urbanas.

El principal problema teórico en orden a este mandato estriba en dilucidar si se está ordenando la atribución de competencias propias o cabe que se satisfaga este mandato mediante cualquier intervención procedimental o con competencias delegadas. Un sector de la doctrina²⁴ entiende que, dada la remisión realizada en el legislador sectorial al inicio del artículo 25.2 –“en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”–, el margen de libertad otorgado no garantiza suficientemente que se trate de una obligación de atribución de competencias propias.

Mi posición, por contra, ha sido desde hace tiempo²⁵ la de sostener que, pese a que se trate de una redacción nada afortunada²⁶, las competencias atribuidas a los Municipios ex artículo 25.2 sólo pueden ser competencias propias. La principal razón estriba en que tal listado sólo lo puede diseñar el legislador básico en cuanto legislador de la garantía ins-

(23) SOSA señala en este sentido que “hay que entender que existe en nuestro ordenamiento una presunción de competencia en favor del municipio siempre que se refieran a asuntos que directamente afectan al círculo de sus intereses, entendiendo por tales aquellas tareas o cometidos que se hacen presentes y pueden ser resueltos dentro del espacio territorial del municipio sin que la simple proyección de un problema fuera de las fronteras municipales lo convierte sin más en supralocal”, *Manual de Derecho Local*, Aranzadi, Pamplona, 4ª ed. 1999, pág. 61.

(24) MIR: *El sistema español de competencias locales*, Marcial Pons, Madrid, 1991, págs. 304 y ss.; FONT: “Las competencias locales” en *Informe sobre el Gobierno Local*, op. cit. págs. 77 a 79, si bien este autor entiende que en sede doctrinal debe afirmarse que “la autonomía exige competencias propias y de exclusiva responsabilidad del Ente Local”.

(25) El régimen constitucional... op. cit., págs. 98 y ss.

(26) Una crítica a la misma puede verse en el propio FONT, *Ibidem* y más recientemente en BASSOLS: “Las Diputaciones...”, op. cit., pág. 459.

titucional²⁷. A ello se ha unido el efecto interpretativo del artículo 3.1 CEAL que entienden que las competencias municipales derivadas de la autonomía local deben ser ejercidas “bajo su propia responsabilidad”. Por su parte, la Ley 8/1987, Municipal y de Régimen Local de Cataluña en su artículo 63.2 y la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia en su artículo 80, al recoger el listado del artículo 25.2 LRBRL, prevén que se trata de una atribución de competencias propias. Igualmente, desde otras redacciones, se desprende esta naturaleza de competencias propias referida al listado del artículo 25.2 LRBRL, del artículo 20 de la Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León y del artículo 42 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Régimen Local de Aragón.

Desde otra perspectiva, el artículo 25.2 plantea también el problema de dilucidar si determinadas actividades descritas en el mismo, por su grado de especificidad, consienten muy pocas matizaciones del legislador sectorial a la hora de que, en todo caso, el Municipio ejerza la competencia, como sucede en el supuesto, de la “conservación de caminos y vías rurales”.

En todo caso es criticable que dentro de las modificaciones que ha abordado el legislador básico estatal del régimen local, como consecuencia del referido Pacto Local, no se haya incluido una clarificación del artículo 25.2 en el sentido aquí expresado.

3. Las actividades complementarias

El artículo 28 LRBRL permite a los Municipios realizar, en términos generales, actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, de una serie de materias que, si prescindimos de la relativa a la “promoción de la mujer”, ya están contempladas en el listado del artículo 25.2: educación, cultura, vivienda, sanidad y protección del medio ambiente. Las Comunidades Autónomas de Cataluña y Galicia en sus respectivas legislaciones sobre régimen local (arts. 68 y 86) han ampliado este listado específico a las materias de juventud, deporte, ocupación y lucha contra el paro, archivos, bibliotecas, museos, conservatorios de música y centros de bellas artes, y el fomento de las estructuras agrarias y la prestación de servicios de interés público agrario. Otras como la de Aragón, han trasladado estas materias al ámbito de las competencias propias municipales (art. 40).

La característica de todas estas actividades que pueden ser desarrolladas por los Municipios estriba en su “complementariedad” con las realizadas por otras autoridades territoriales. Pero ello puede ser objeto de una distinta interpretación que limita o

(27) Esta posición parece que se ha reafirmado en los últimos años en la doctrina: GARCÍA MORILLO: *La configuración...*, op. cit. págs. 43 y 44; CARRO: “El debate ...”, op. cit. pág. 92, quien expresamente señala: “(...) la garantía institucional de la autonomía municipal exige, en todo caso, la existencia de verdaderas competencias propias en manos de los municipios. A partir de la misma norma del artículo 137 de nuestra Constitución no creo que sea posible construir un sistema local únicamente sobre la base de competencias delegadas o, menos todavía, sobre la mera concesión de derechos de audiencia o participación de los municipios en procesos de decisión en instancias administrativas superiores. Desde esta exigencia es como debería interpretarse el listado de materias del artículo 25.2 de la Ley de 1985”; SOSA: *Manual...*, op. cit., pág. 61, quien da por sentado que las competencias asignadas en base al artículo 25 son propias.

amplia el ámbito de las mismas. Así, en la versión de la LRBRL, nada impide construirlas junto con la existencia de una potestad estatal o autonómica, en un sentido limitativo de que sólo pueden extenderse a aquello no realizado por dichas Administraciones. Si estas potestades estatales o autonómicas no existiesen el artículo 28 vendría a proporcionar la base legal para un ejercicio de la potestad reglamentaria y de auto-organización local. Sin embargo, en la versión de las leyes autonómicas mencionadas, estas actividades complementarias no son posibles en cuanto las potestades de ejecución sobre las mismas estén atribuidas por Ley a otras Administraciones públicas, por lo que la complementariedad queda reducida a la existencia de vacíos normativos.

4. La reserva material de actividades

A) Los servicios de prestación municipal obligatoria

El artículo 26 LRBRL determina, en función del criterio de la población, una serie de servicios que los Municipios, por sí o asociados, deben prestar a sus vecinos. Se trata, en definitiva, de competencias referidas a determinadas actividades que el legislador básico asegura su prestación a nivel local, por lo que podemos ver en ellas la concreción más acusada de la regulación de la garantía institucional de la autonomía local. Se trata en muchos casos de competencias cuya ejecución no corresponde al Estado, por ello, en la medida en que no estuviese ciertamente asegurando la garantía institucional estaría sustrayendo competencias ejecutivas a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, el mero repaso de su listado nos hace recordar a las materias ya previstas en la “Instrucción de 1813 para el gobierno económico-político de las provincias”, por lo que están incluso en estrecha ligazón con una concepción historicista de las competencias locales y pasan sin dificultad el test de la reconocibilidad institucional. Sin duda, la crítica podría venir de este excesivo recato, que hace que no se contemplen, como materias de obligatoria gestión municipal, sectores administrativos tan ligados a la esencia actual de nuestros Municipios como son sus competencias urbanísticas o de ordenación del tráfico rodado. Este papel del legislador básico del régimen local de atribución directa de aquellas competencias que entienda que están estrechamente ligadas a la garantía institucional, no impide que, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 214/1989), el legislador estatal sectorial, aunque únicamente sea legislador básico, pueda atribuir un

EN EL DENOMINADO PACTO LOCAL SE ESTABLECE QUE A LA HORA DE ATRIBUIR COMPETENCIAS A LOS ENTES LOCALES EL LEGISLADOR ESTATAL NO PUEDE DISPONER DE AQUELLAS QUE LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA ATRIBUYEN A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS, YA QUE SI ASÍ LO HICIERA ALTERARÍA EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE REPARTO DE COMPETENCIAS

espacio competencial de gestión a los Entes Locales como servicio obligatorio. Esto mismo es lo que se ha producido en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, que atribuye (art. 4.3) a todos los Municipios como servicio obligatorio, “la recogida, el transporte y, al menos, la eliminación de los residuos urbanos” y a los Municipios con una población superior a los 5.000 habitantes (art. 20.3) la implantación de “sistemas de recogida selectiva de residuos urbanos que posibiliten su reciclado y otras formas de valorización”.

También en este caso, junto a actividades concretas que definen claramente la competencia, nos encontramos con el señalamiento de verdaderas materias de una cierta generalidad, como es el caso de la protección civil o del medio ambiente, lo que debe atribuirse a un fallo del legislador, que en nada impide el establecimiento de servicios sobre las mismas.

El artículo 42.4 LRBRL reafirma la garantía municipal para la gestión de estos servicios, al señalar que la creación de comarcas no puede suponer para los Municipios la pérdida de las competencias del artículo 26. Por su parte, el artículo 18.1.g) atribuye a los vecinos el derecho de exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público cuando estuviese declarado como servicio obligatorio en el artículo 26 o en la legislación autonómica. Por ello, no es de recibo lo establecido en el artículo 81.a) de la Ley gallega, que consiente los servicios obligatorios de la LRBRL “en todo lo que no sea de competencia de otras Administraciones”, pues está desconociendo frontalmente la función del legislador estatal de configuración de la garantía institucional de la autonomía local. Esta garantía, no obstante, dados los términos legales, no se extiende a la ordenación de la totalidad del marco jurídico del servicio, sino a los elementos de organización propios de las facultades de prestación.

El apartado 2 del artículo 26 prevé la posibilidad de que los Municipios soliciten de la Comunidad Autónoma la dispensa de su prestación, si bien hay que tener en cuenta a este respecto que el apartado 3 del mismo precepto prioriza la cooperación provincial a la realización de estos servicios. Del mismo modo, la posibilidad de las Mancomunidades como instrumento de gestión de servicios propios facilita la prestación de los servicios obligatorios.

Ya se ha señalado que las Comunidades Autónomas pueden ampliar el ámbito de estos servicios obligatorios. La Ley catalana lo hace mínimamente, añadiendo la función de conservación, junto con la de pavimentación de las vías públicas (art. 64). Igualmente, la Ley gallega [art. 81.a)] introduce el servicio de “biblioteca pública” con relación a los Municipios de más de mil habitantes. Por su parte, la Ley aragonesa ha incrementado o especificado en mayor medida estos servicios. Así, para todos los municipios se prevé, además de los servicios establecidos por la norma estatal, el tratamiento adecuado de las aguas residuales, la gestión de los servicios sociales de base, el control de productos destinados al uso o consumo humano, así como de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana y de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones

y garantizar la tranquilidad y pacífica convivencia en los lugares de ocio y esparcimiento colectivo. En los municipios de más de 2.000 habitantes, el tratamiento secundario o proceso equivalente de las aguas residuales urbanas. Por fin, en los de más de 20.000, la gestión de las ayudas sociales de urgencia.

El RD-L 7/1996 del Estado suprimió en su artículo 2 el servicio de matadero previsto para los Municipios de más de veinte mil habitantes. Sin embargo, permanece en Cataluña, mientras que no aparece expresamente en la legislación gallega, ni en la aragonesa ni, por remisión, en la castellano-leonesa. En todo caso, este servicio de matadero permanece como reservado al sector público municipal (art. 86.3 LRBRL).

Merece la pena realizar una última reflexión sobre las competencias de regulación del Estado con relación a la garantía institucional de la autonomía local a la luz de la renuncia a intervenir en esta materia al hilo de la discusión de las medidas de reforma legislativa exigidas por los Entes Locales en el denominado “Pacto Local”. En efecto, en el documento del Gobierno se puede apreciar una interpretación muy restringida del ámbito del legislador básico del régimen local en cuanto debe ser quien diseñe la primera expresión en materia competencial de la garantía institucional de la autonomía local. Se dice expresamente en el mencionado documento que “a la hora de atribuir competencias a los Entes Locales el legislador estatal no puede disponer de las que la Constitución y los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas, pues si así lo hiciera estaría alterando el sistema constitucional del reparto de competencias”²⁸. Como primera crítica a esta posición hay que afirmar que, si así no lo hiciese, dado el amplio ámbito competencial de gestión de las Comunidades Autónomas que se deriva del artículo 149.1 CE, no podrían tener existencia las competencias locales. En todo caso, se desprende del Documento la idea de que el legislador estatal sólo puede atribuir competencias a los Entes Locales si ostenta el correspondiente título de legislador sectorial. Pero, si ello fuese así, la mayor parte del contenido del artículo 25.2 LRBRL sería inconstitucional, por disponer de una competencia como el deporte, el turismo o la defensa de los consumidores y usuarios sobre las que, estrictamente consideradas, el Estado no ostenta competencias legislativas. Téngase en cuenta que en el listado del artículo 26 LRBRL aparece, como servicio de prestación municipal obligatoria, para los municipios de más de 50.000 habitantes, el transporte colectivo de viajeros y la STC 118/1996 dejó muy claro que el Estado carecía de competencias en esa materia. La propia reforma de la LRBRL derivada del Pacto Local contempla como competencia del Alcalde, entre otros, “los instrumentos de gestión urbanística”, y también sabemos que la STC 61/1997 declaró la ausencia de competencias estatales en materia de urbanismo. Se quiere decir, con todo esto, que la posición del legislador básico del régimen local puede extender su regulación a materias en las que, sin ostentar competencias sectoriales, entienda que forman parte de la garantía institucional de la autonomía local. Por volver al ejemplo del urbanismo, no sería descabellado pensar que forma parte de esta garantía institucional la competencia municipal para el otorgamiento de las licencias de construcción. A mi juicio, por tanto, se debería haber revisado con más detenimiento las peticiones de los Entes Locales contenidas en el Pacto Local bajo el prisma de considerar si alguna de sus recla-

(28) *El Pacto Local*, MAP, Madrid, 1999, pág. 104.

maciones no eran subsumibles dentro del ámbito competencial que el legislador básico del régimen local debe y puede garantizar.

B) La reserva de servicios esenciales

En aplicación de las posibilidades contempladas en el artículo 128.2 CE de reservar al sector público servicios esenciales, el artículo 86.3 LRBRL reserva a los Municipios una serie de servicios esenciales que en su mayor parte, excepto los de suministro de gas y calefacción y matadero, corresponden a servicios también declarados de prestación obligatoria en el artículo 26. Por ello, esencialmente, cabe acudir a esta figura cuando la prestación se pretenda realizar en régimen de monopolio, para lo cual es necesario una ulterior aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma.

IV. CLASIFICACIÓN Y RÉGIMEN DE LAS COMPETENCIAS LOCALES

1. La clasificación de las competencias locales

La doctrina revolucionaria francesa²⁹ se encontró con la dificultad de encajar la existencia de competencias locales con la afirmación dogmática de que toda la voluntad de la Nación se encontraba representada en la Asamblea Nacional y se expresaba en la Ley. Si esto era así, resultaba que o bien no podían configurarse poderes locales o bien no era cierto que la Asamblea concentrase todos los poderes de la Nación. De aquí surge la concepción de los poderes locales como una suerte de asuntos que no son propios de la comunidad nacional, sino que son asuntos únicos y exclusivos de cada comunidad local, como pudiera hoy suceder con los asuntos que deben resolver las comunidades de propietarios en la legislación de propiedad horizontal. De ello se deriva que estos poderes locales propios quedasen reducidos a la mínima expresión, mientras que se articulaba otro conjunto de potestades locales que se ejercían por delegación bajo el presupuesto de que, en el ejercicio de las mismas, los Municipios aparecían como entes jerárquicamente sometidos a la Administración del Estado.

Esta concepción que se traslada a España y que preside nuestro pasado histórico más inmediato, es incompatible con la construcción constitucional de los poderes locales. En efecto, como ya se ha analizado, no existen, por su naturaleza, intereses públicos diferenciados entre las distintas Administraciones públicas y los Entes Locales aparecen situados en una posición constitucional de autonomía política. Así, las competencias propias de los Entes Locales, pudiendo afectar a las mismas materias sobre las que otras Administraciones también son competentes, expresan esencialmente la posición de autonomía local constitucionalmente reconocida y garantizada. Además, en cuanto que elementos de la organización del Estado, los Entes Locales pueden asumir por delegación competencias propias de otras Administraciones territoriales.

(29) Ver, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA: "Los fundamentos ideológicos del sistema municipal francés", REVL, núm. 117, 1961, págs. 321 y ss.

2. Las competencias de los Municipios en tanto que entes dotados de autonomía política

Ya hemos visto, al analizar el régimen constitucional de las competencias locales, que éste exige la existencia de un ámbito de poder político propio con competencias que les permitan decidir en régimen de autogobierno una parcela concreta de un sector de actividad. Son compatibles con una función de coordinación de otros ordenamientos superiores, precisamente porque pueden incidir en el mismo sector material, así como con potestades puntuales de dirección y con controles puntuales de legalidad y —sólo en los casos hipotéticos derivados directamente de la Constitución— de oportunidad.

Éste es el tipo de competencia que el artículo 7 LRBRL define como competencias propias y que somete a reserva de Ley y declara su ejercicio en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad del Municipio. Ya hemos indicado que las competencias que el legislador estatal señala como derivadas de la garantía institucional de la autonomía local deben reputarse como propias. A los argumentos dados anteriormente habría que sumar el que sería inconcebible que en el artículo 36 LRBRL se otorgasen a las Diputaciones provinciales, como competencia propia de éstas, la coordinación de los servicios municipales si éstos fuesen esencialmente servicios delegados por el Estado o las Comunidades Autónomas, ya que el régimen de la delegación dejaría en manos de estas últimas Administraciones la dirección y supervisión del ejercicio de la competencia, sin que cupiese la intervención provincial.

Sin entrar ahora a distinguir las diferencias entre las posiciones que se ocupan cuando un ente tiene atribuido sobre otros la coordinación organizativa o la coordinación competencial, debe entenderse que en este último caso, la coordinación ejercida desde el exterior de la propia organización, como límite a la plena disposición de la competencia por parte del ente sometido a coordinación, se concreta en el no entorpecimiento de las legítimas competencias del ente superior.

La LRBRL en su artículo 7.2 somete las competencias locales propias a la debida coordinación en su programación y ejecución con las de las demás Administraciones públicas. Estas limitaciones debidas a la coordinación se ven compensadas, no obstante, por los mecanismos de participación en los procesos de decisión de dichas Administraciones contemplados en los artículos 55 y siguientes de la propia LRBRL.

**DESDE LA CONSTRUCCIÓN
CONSTITUCIONAL DE LOS
PODERES LOCALES, NO
PODEMOS AFIRMAR QUE
EXISTAN INTERESES PÚBLICOS
DIFERENCIADOS ENTRE LAS
DISTINTAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS, SIN OLVIDAR LA
AUTONOMÍA POLÍTICA DE LA
QUE GOZAN LOS ENTES
LOCALES, CUYAS
COMPETENCIAS AUNQUE
PUEDEN AFECTAR A LAS
MISMAS MATERIAS SOBRE
LAS QUE OTRAS
ADMINISTRACIONES TAMBIÉN
SON COMPETENTES,
EXPRESAN LA POSICIÓN DE
AUTONOMÍA LOCAL
CONSTITUCIONALMENTE
RECONOCIDA Y GARANTIZADA**

Por su parte, el artículo 10 contempla que el mecanismo de la coordinación de competencias tenga que activarse, ya sea entre Entidades Locales o entre éstas y las restantes Administraciones públicas, en tres supuestos: cuando las actividades o servicios objeto de la competencia trasciendan el interés local; cuando incidan o condicionen las competencias de otras Administraciones; o cuando sean concurrentes o complementarias de estas últimas. Esencialmente, sólo en el segundo caso estamos ante un supuesto de coordinación competencial, ya que las distorsiones competenciales que pueden producirse en los otros dos casos, pueden ser solucionadas por medidas de coordinación orgánica.

En cualquier caso, la advertencia hecha por el propio legislador en el apartado 3 del artículo 10, en el sentido de que las funciones de coordinación no pueden afectar en ningún caso a la autonomía de los Municipios, tiene un triple orden de consecuencias. En primer lugar, que los Municipios en el ejercicio de las competencias coordinadas mantienen las potestades ordinamentales instrumentales de la competencia (art. 4 LRBRL). En segundo término, debe recordarse que las competencias propias, pese a que puedan aparecer ordenadas en un procedimiento complejo, no pierden por ello sus caracteres de exclusivas y decisorias. Finalmente, la coordinación no puede implicar, salvo una específica base contenida en el bloque de la constitucionalidad, la obligada participación, bajo un poder de dirección ajeno, en los objetivos de otras Administraciones públicas, pues ello vulneraría un elemento esencial de la autonomía, como es el de la autonomía presupuestaria.

3. Las competencias de los Municipios en cuanto parte de la organización del Estado

En tanto que entes que conforman la organización del Estado, los Municipios pueden ser concebidos como entes instrumentales de las funciones encomendadas a otras Administraciones territoriales. Por ello, dichas Administraciones pueden encomendarles la realización de determinadas tareas que les son propias, en cuyo caso el ejercicio de dichas tareas no va a estar presidido por el mismo régimen jurídico que preside el ejercicio de las competencias propias. Sin embargo, la LRBRL define de forma errónea el ámbito de las competencias delegadas al circunscribirlas a las materias que afecten a los intereses propios de los Municipios. Debería haberse referido, por contra, a las materias correspondientes a funciones de otras Administraciones que, por su naturaleza, pueden articularse mediante la organización local del Estado. Es decir, si el legislador pretendía limitar el ámbito de las competencias que eran susceptibles de ser delegadas, no tenía por qué caer en el concepto de intereses propios, que ya hemos visto que aparece rechazado por el Tribunal Constitucional como constitutivo de la teoría de los intereses naturales de los Municipios. Bastaría con una delimitación negativa de determinadas materias que no son susceptibles de ser gestionadas desde la perspectiva local, de forma similar a lo realizado en el artículo 150.2 CE o con relación a las competencias propias municipales, en el sentido de declarar que son delegables todas aquellas competencias no atribuidas como propias a los Municipios.

De todo ello surge un ámbito claro para la delegación competencial referido a todas aquellas materias no contenidas en los artículos 25 y 26 LRBRL o a un mayor grado de intensidad competencial que el allí contemplado³⁰.

El régimen jurídico de las competencias municipales delegadas aparece regulado esencialmente en los artículos 7.3 y 27 LRBRL. El primero establece unas reglas generales basadas en el consentimiento de que el instrumento de delegación pueda prever técnicas de dirección y control de oportunidad y en la garantía de las potestades municipales de autoorganización en el ejercicio de la competencia delegada.

Por su parte, el artículo 27 desarrolla las reglas anteriores determinando los elementos que deben concurrir en la delegación, que se cifran en el alcance, contenido, condiciones y duración de la misma, en los controles que se pretendan ejercer y en los medios que se transfieran. Aparecen detallados, además, el tipo de control que es posible ejercer referido a la emanación de instrucciones, la petición de información y la formulación de requerimientos, ante cuyos incumplimientos cabe la revocación de la delegación o la ejecución directa de la competencia delegada. Los actos del Municipio en ejercicio de este tipo de competencias pueden ser recurridos ante la Administración delegante y en su desarrollo debe aplicarse la normativa de dicha Administración delegante.

Finalmente, en reconocimiento de que el Municipio, pese a ser contemplado desde la óptica de un ente instrumental, está dotado institucionalmente de una posición constitucional de autonomía política, junto a la mencionada garantía del respeto a sus potestades de autoorganización, se articula un trámite de aceptación del Municipio para la efectividad de la delegación, cuya negativa sólo puede superarse mediante su imposición obligatoria por una Ley que contemple los medios económicos necesarios para su desempeño.

Este dato nos añade un argumento final para sostener la interpretación de que la atribución de competencias dentro de las materias señaladas por el artículo 25.2 LRBRL sólo puede entenderse en calidad de competencias propias. En efecto, el artículo 27 concibe el instrumento ordinario de atribución de competencias delegadas como un acto negociado, lo cual haría que este mecanismo de atribución no cumpliera los requisitos del artículo 25.3 que exige, para la mencionada lista del artículo 25.2, su determinación mediante una reserva de Ley absoluta³¹.

(30) SOSA utiliza esta construcción al señalar que el círculo de las competencias propias puede ampliarse “mediante la transmisión de las pertenencias, originariamente, a las Administraciones superiores, cuando con ello se mejore la eficacia de la gestión pública”, *Manual... op. cit.*, pág. 61.

(31) Art. 25.3 LRBRL: “Sólo la Ley determina las competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2”.

La redistribución de competencias entre los órganos de gobierno de las Entidades Locales

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓNCatedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Alcalá

Sumario:

1. Introducción. Motivos y alcance de la reforma. 2. Las competencias del Alcalde y del Presidente de la Diputación. A) Competencias del Alcalde. B) Competencias del Presidente de la Diputación. **3. Las competencias del Pleno.** A) Competencias del Pleno del Ayuntamiento. B) Competencias del Pleno de la Diputación Provincial. **4. La delegación de competencias entre los distintos órganos. 5. Conclusión: Valoración general.**

1. INTRODUCCIÓN. MOTIVOS Y ALCANCE DE LA REFORMA

El objeto de este breve trabajo es comentar las modificaciones introducidas en la Ley de Bases del Régimen Local por la Ley 11/1999, de 21 de abril, en lo que se refiere a las atribuciones o competencias de los órganos de gobierno de las entidades locales, en concreto del Alcalde o Presidente de la Diputación Provincial y de los respectivos Plenos y Comisiones de Gobierno.

La finalidad de todas estas modificaciones es reforzar, siquiera sea moderadamente (en realidad el alcance de los cambios es bastante relativo), las competencias ejecutivas del Alcalde y del Presidente de la Diputación, “en aras a una mayor eficacia en el funcionamiento del respectivo Ayuntamiento o Diputación”, según señala expresamente la Exposición de Motivos de la Ley de reforma.

De hecho, el principio de eficacia en la gestión de las Administraciones locales es uno de los criterios esenciales en que se justifica esta reforma, pues se trata de evitar que la ausencia de mayorías claras en el seno de la Corporación pueda obstruir u obstaculizar seriamente la gestión cotidiana de los asuntos locales, como ya ha sucedido en no pocas ocasiones en que Alcaldes o Presidentes son elegidos en minoría y no existe posibilidad

real de una mayoría alternativa más sólida, que pueda formarse tras una moción de censura. Eso obliga al Alcalde o Presidente a gobernar en minoría y sometido constantemente a las condiciones y frenos que le puede plantear la oposición. Atribuyendo al órgano monocrático y ejecutivo más competencias se limitan los efectos nocivos de ese tipo de situaciones, que también se intentan prevenir mediante la introducción de la cuestión de confianza (art. 197 bis LOREG).

En compensación, se refuerzan las funciones de control del Pleno, mediante una mayor frecuencia de las sesiones ordinarias y el carácter preceptivo de las comisiones de estudio, informe y seguimiento de la gestión del Alcalde o del Presidente y de sus órganos delegados en las Diputaciones y en los Municipios de más de 5.000 habitantes, aparte la más estricta regulación de la moción de censura (art. 197 LOREG).

En cierto modo, la reforma sobre este punto se inspira en la idea de que el Alcalde o Presidente (y su equipo de gobierno) deben poder en todo caso “gobernar”, es decir, adoptar las medidas que aseguren la gestión ordinaria, mientras que el Pleno debe poder “controlar”, ejerciendo, aparte otras competencias decisorias, las funciones de vigilancia y crítica de las actuaciones de los órganos ejecutivos.

Ahora bien, las modificaciones en el régimen de reparto de atribuciones entre los distintos órganos son, como se ha dicho, muy tímidas. Tanto como el conjunto de las reformas aprobadas en ese paquete de medidas legislativas a que ha quedado reducido (en la realidad y no se sabe por cuanto tiempo) el denominado “Pacto Local”. Ya sea por falta de imaginación, de coraje o de consenso, los legisladores no han querido ir más lejos. Como tantas veces sucede, operaciones pomposamente presentadas desde el punto de vista de la propaganda política se quedan en casi nada cuando se traducen a las páginas del Boletín Oficial.

En concreto, las competencias que se transfieren desde el Pleno al Alcalde o Presidente de la Diputación tienen una importancia limitada. Se trata, según la Exposición de Motivos de la Ley 11/1999, de “funciones que tienen un carácter eminentemente ejecutivo y que es más lógico que sean competencias” de aquellos órganos unipersonales. No se altera sustancialmente el equilibrio entre uno y otro órgano, fundado en el carácter predominantemente “institucional, normativo y presupuestario” de las funciones decisorias del Pleno (aparte sus funciones de control) y en el carácter predominantemente ejecutivo de las competencias del Alcalde o Presidente. Más aun, ni siquiera el legislador se ha atrevido a atribuir a estos últimos todas las competencias “de ejecución”, sino que ha reservado al Pleno, en menor medida que antes, funciones de este tipo, decisiones de alcance singular y concreto. Así, el ejercicio de acciones judiciales y administrativas en ciertos casos, la declaración de lesividad de los actos, la alteración de la calificación jurídica de los bienes de dominio público y la concertación de operaciones de crédito, contrataciones y concesiones, aprobación de proyectos de obras y servicios y adquisición de bienes y derechos en función de su cuantía. En estos últimos aspectos la reforma es puramente “cuantitativa”, es decir, eleva la cuantía de los expedientes que corresponde aprobar al

Pleno, abriendo un mayor espacio de decisión propia al Alcalde o Presidente. En consecuencia, podría decirse que no se ha privado al Pleno de competencia decisoria sobre ningún asunto trascendental (aunque este tipo de valoraciones siempre son algo subjetivas). Y, sobre todo, puede afirmarse que el esquema de la “forma de gobierno” local ha quedado inalterado.

Claro está, una modificación más profunda de este sistema de gobierno local, que supusiera una más rotunda asignación de funciones decisorias a los órganos “ejecutivos”, podría haber llevado a plantear la cuestión relativa a la legitimidad democrática de estos órganos, que pueden estar apoyados por una mayoría relativa. Quizá este tipo de planteamiento hubiera desembocado en un debate abierto sobre la elección directa del Alcalde, como se establece en otros ordenamientos europeos (Francia, Italia, algunos Länder alemanes...). Pero es evidente que no se ha querido dar aquí y ahora este paso, pues la cuestión no está madura ni encuentra base de concierto entre las principales fuerzas políticas.

Así las cosas, la reforma tiene en este punto un alcance más “jurídico” que “político”. Se trata de correcciones parciales y de algunas mejoras técnicas que interesan más al abogado y al Secretario o al letrado consistorial, que han de realizar la exégesis de las nuevas normas para captar su significado exacto y evitar (o descubrir) problemas de competencia en la resolución de los asuntos, que al estudioso de las instituciones locales. Para este último, las reformas de abril de 1999 por lo que se refiere al nuevo equilibrio de competencias entre los órganos de gobierno local adolecerán de un interés muy relativo e incluso podrán parecer decepcionantes. El análisis del jurista, que es el que aquí se contiene, es mucho más prosaico y sólo pretende servir de guía a los aplicadores del Derecho.

2. LAS COMPETENCIAS DEL ALCALDE Y DEL PRESIDENTE DE LA DIPUTACIÓN

Para mayor utilidad práctica, expondremos ahora el listado completo de las competencias del Alcalde y del Presidente de la Diputación, tal como se contemplan en la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL), tras la reforma introducida por la Ley 11/1999. En todo caso, hacemos hincapié en las nuevas competencias y en las modificaciones operadas, explicando debidamente su contenido.

LA FINALIDAD DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LBRL POR LA LEY 11/1999, ES REFORZAR LAS COMPETENCIAS EJECUTIVAS DEL ALCALDE Y DEL PRESIDENTE DE LA DIPUTACIÓN PARA LOGRAR UNA MAYOR EFICACIA EN LA GESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL, EVITANDO QUE LA AUSENCIA DE MAYORÍAS CLARAS EN EL SENO DE LA CORPORACIÓN OBSTACULICE LA GESTIÓN COTIDIANA DE LOS ASUNTOS LOCALES

A) Competencias del Alcalde

Las competencias propias del Alcalde se establecen en el artículo 21 de la Ley de Bases del Régimen Local, cuyo contenido actual, expuesto de una manera sistemática es el siguiente:

a) Competencias de dirección

- Dirigir el gobierno y la administración municipal [art. 21.1.a)].
- Convocar y presidir las sesiones del Pleno, salvo los supuestos previstos en la LBRL y en la legislación electoral general, de la Comisión de Gobierno y de cualesquiera otros órganos municipales, y decidir los empates con voto de calidad [art. 21.1.b)]. En este apartado se introducen dos novedades, las de los incisos “salvo los supuestos previstos en la presente Ley y en la legislación electoral general” y “decidir los empates con voto de calidad”.

El primer inciso pretende hacer la salvedad de aquellos supuestos, regulados por las leyes de reforma aprobadas en abril de 1999 en que no corresponde al Alcalde, excepcionalmente, presidir el Pleno. Son estos casos el del artículo 46.2.a) de la LBRL (Pleno extraordinario solicitado por una cuarta parte de los Concejales en caso de ausencia del Alcalde) y el del artículo 197.1.d) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (Pleno extraordinario en el que se debate la moción de censura al Alcalde). Según el citado artículo 46.2.a) de la Ley de Bases, convocado el Pleno extraordinario solicitado por la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación y en ausencia del Presidente de la misma o de quien legalmente haya de sustituirle, el Pleno quedará válidamente constituido con la asistencia de un tercio del número legal de miembros, que nunca podrá ser inferior a tres, y será presidido por el miembro de la Corporación de mayor edad entre los presentes. Según el artículo 197.1.d) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, el Pleno en el que se debata la moción de censura contra el Alcalde será presidido por una Mesa de edad, integrada por los concejales de mayor y menor edad de los presentes, excluidos el Alcalde y el candidato a la Alcaldía.

Por lo que se refiere al inciso “y decidir los empates con voto de calidad”, no supone una novedad absoluta en nuestra legislación, pues ya estaba previsto así en el artículo 24.a) del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y en el art. 100.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales, aprobado por RD 2568/1986, de 28 de noviembre. Según este precepto, en caso de empate, ha de repetirse la votación, y si persistiera el empate, decidirá el voto de calidad del Presidente. Ahora se recoge directamente en la ley básica la facultad de decidir los empates con voto de calidad. Pero no se especifica si, antes de ello, es necesario repetir la votación, como prevé el Reglamento. Puesto que la Ley no dice nada, puede entenderse que el régimen del artículo 100.2 del Reglamento sigue en vigor, salvo que se produzca una modificación del mismo en desarrollo del nuevo texto legal.

– Dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras municipales [art. 21.1.d)]. No hay novedad en este apartado, al que hay que añadir la facultad del Alcalde de organizar los servicios de la Corporación [art. 24.b) del Texto refundido]. Son éstas facultades directivas que normalmente se delegan en los Concejales o directivos de cada área.

b) Competencias de representación y ejercicio de acciones

– Representar al Ayuntamiento [art. 21.1.b)].

– El ejercicio de las acciones judiciales y administrativas en defensa del Ayuntamiento en las materias de su competencia, incluso cuando las hubiere delegado en otro órgano y, en caso de urgencia, en materias de la competencia del Pleno, en este supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que celebre para su ratificación [art. 21.1.k)]. Hasta ahora la única competencia del Alcalde a este respecto era la de ejercitar acciones judiciales y administrativas en caso de urgencia. Con la reforma se pretende agilizar el ejercicio de estas acciones, sin necesidad de tener que convocar sesión del Pleno para adoptar las decisiones correspondientes. No obstante, en la práctica pueden plantearse algunos problemas, cuando el asunto al que se refieran las acciones a emprender afecte tanto a competencias del Alcalde como a competencias del Pleno, supuesto nada infrecuente. En tales casos, hay que entender que se requiere el acuerdo del Pleno favorable al ejercicio de las acciones y que, a falta de este requisito, la acción debería ser inadmitida. Naturalmente, salvo que concurra caso de urgencia, en el que se aplica la solución expresamente mencionada en la Ley.

c) Competencias de ejecución ordinaria

– El desarrollo de la gestión económica de acuerdo con el Presupuesto aprobado, disponiendo gastos dentro de los límites de su competencia [art. 21.1.f)], ordenando pagos y rindiendo cuentas. La nueva Ley ha añadido el inciso “de acuerdo con el Presupuesto aprobado”. Esta mención resulta obvia en principio, pero no es superflua en la práctica sino que constituye un oportuno recordatorio legal de los límites del “poder de gasto” del Alcalde (dejamos para más adelante la competencia relativa a las operaciones de crédito incluidas en este mismo epígrafe).

– La iniciativa para proponer al Pleno la declaración de lesividad en materias de la competencia de la Alcaldía [art. 21.1.l)]. Esta competencia es nueva, pero no tiene carácter decisorio. La nueva Ley ha optado por atribuir al Pleno en todo caso la facultad de declarar la lesividad de los actos del Ayuntamiento [art. 22.1.k)], resolviendo las dudas que pudieran existir al respecto con anterioridad. En cambio, no se señala cuál es el órgano competente para proceder a la revisión de oficio de los actos de las Entidades locales, en los casos en que proceda, salvo cuando se trata de actos en materia tributaria, en que la revisión corresponde al Pleno (art. 110 LBRL). Lo lógico sería entender que la revisión de oficio debe ser aprobada por el Pleno en todo caso, como sucede con la declaración de lesividad, en garantía de los interesados. Pero se ha perdido una buena ocasión de aclarar las dudas que pueden quedar al respecto y que no despejan por completo los artículos 53 LBRL, 102 de la Ley 30/1992 y 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico.

– Adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o infortunios públicos y grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas, dando cuenta inmediata al Pleno [art. 21.1.m)]. Ninguna novedad se contempla en este apartado, que recoge una de las competencias tradicionales de los Alcaldes en nuestra legislación de régimen local.

– Sancionar las faltas de desobediencia a su autoridad o por infracción de las ordenanzas municipales, salvo en los casos en que tal facultad esté atribuida a otros órganos [art. 21.1.n)]. Tampoco a este respecto se han introducido modificaciones, si bien debe tenerse en cuenta que otras leyes sectoriales, del Estado y de las Comunidades Autónomas, atribuyen directamente competencias sancionadoras a los Alcaldes.

– Las contrataciones y concesiones de toda clase cuando su importe no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del Presupuesto ni, en cualquier caso, los 1.000.000.000 de pesetas; incluidas las de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del Presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada [art. 21.1.ñ)]. La nueva regulación de esta competencia amplía considerablemente las facultades de contratación de los Alcaldes, detrayendo competencias del Pleno. Antes, el límite de la contratación por los Alcaldes estaba en el 5 por ciento de los recursos ordinarios del Presupuesto y en el 50 por ciento del límite general aplicable a la contratación directa. Ahora esos límites quedan muy superados, en aras, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, de la eficacia de la gestión. Naturalmente, sin perjuicio de las facultades de control que corresponden al Pleno. Además, ha de tenerse en cuenta que el Alcalde (o en quien delegue) preside las subastas y concursos para la contratación de todo tipo [art. 24.h) del Texto refundido de 1986].

– La aprobación de los proyectos de obras y de servicios cuando sea competente para su contratación o concesión y estén previstos en el Presupuesto [art. 21.1.o)]. Esta competencia se introduce *ex novo*, aunque es concordante con la del apartado anterior. Asimismo, es paralela a la competencia que ahora se reconoce expresamente al Pleno para aprobar los proyectos de obras y servicios cuando sea competente para su contratación o concesión y cuando aún no estén previstos en los Presupuestos, competencia que más adelante comentaremos.

– Ordenar la publicación, ejecución y hacer cumplir los acuerdos del Ayuntamiento [art. 21.1.r)]. Esta competencia también es nueva en el texto de la LBRL, aunque ya figuraba como competencia del Alcalde en el art. 24.g) del Texto refundido contenido en el Real Decreto Legislativo 781/1986.

d) Competencias en materia financiera

– El Alcalde tiene ahora competencia para concertar operaciones de crédito, con exclusión de las contempladas en el artículo 158.5 de la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, regula-

dora de las Haciendas Locales (es decir, las relativas a financiar créditos extraordinarios o suplementos de crédito), siempre que aquéllas estén previstas en el Presupuesto y su importe acumulado dentro de cada ejercicio económico no supere el 10 por ciento de sus recursos ordinarios, salvo las de tesorería que le corresponderá cuando el importe acumulado de las operaciones vivas en cada momento no supere el 15 por ciento de los ingresos liquidados en el ejercicio anterior; todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Estas competencias se detraen de las que han venido correspondiendo al Pleno, que hasta la Ley 11/1999 era el único órgano competente para aprobar la concertación de todo tipo de operaciones de crédito, salvo las de tesorería (es decir, las destinadas a cubrir necesidades transitorias de falta de liquidez) que no superaran el 5 por ciento de los ingresos por operaciones corrientes del ejercicio anterior ni, en su conjunto, el 15 por ciento de esos ingresos de referencia, único caso en que la competencia correspondía ya al Alcalde o Presidente (art. 53.2 de la Ley de Haciendas Locales, que debe entenderse consecuentemente modificado). Ahora bien, el Pleno mantiene la decisión sobre los límites cuantitativos de estas operaciones, al aprobar el Presupuesto.

e) Competencias en materia de personal

– Aprobar la oferta de empleo público de acuerdo con el Presupuesto y la plantilla aprobados por el Pleno, aprobar las bases de las pruebas para la selección del personal y para los concursos de provisión de puestos de trabajo y distribuir las retribuciones complementarias que no sean fijas y periódicas [art. 21.1.g)]. Hasta ahora todas estas competencias correspondían al Pleno, por lo que el Alcalde ha visto significativamente aumentadas sus competencias en materia de personal, con la única salvedad de aquellas que tienen una directa conexión presupuestaria y que se mantienen, por tanto, dentro de la competencia del Pleno. Esta redistribución de competencias sobre el personal es lógica y, además, clarifica las responsabilidades sobre una materia tan delicada. En todo caso, ésta es una de las materias en la que la redistribución de competencias está llamada a tener mayor importancia práctica, sobre todo por lo que se refiere a las nuevas competencias del Alcalde de aprobar las bases de las convocatorias de selección de personal y provisión de puestos.

– Desempeñar la jefatura superior de todo el personal, y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del

**DE ENTRE LAS NUEVAS
COMPETENCIAS ATRIBUIDAS
A LOS ALCALDES SE PUEDEN
RESEÑAR LAS SIGUIENTES:
EJERCICIO DE ACCIONES EN
CASO DE URGENCIA SIN
CONVOCAR AL PLENO,
PROPUESTA DE DECLARACIÓN
DE LESIVIDAD EN MATERIA
DE COMPETENCIA DE LA
ALCALDÍA, AMPLIACIÓN DE
FACULTADES DE
CONTRATACIÓN, APROBACIÓN
DE PROYECTOS DE OBRAS Y
SERVICIOS Y ASUNCIÓN DE
COMPETENCIAS EN MATERIA
DE PERSONAL QUE ANTES
CORRESPONDÍAN AL PLENO**

servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre. Esta atribución se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 99.1 y 3 de esta Ley [art. 21.1.h)]. En virtud de este precepto, pasa a la competencia del Alcalde la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación, antes atribuida al Pleno, y se clarifica que también es competencia del Alcalde el despido del personal laboral, sin necesidad de ratificación posterior por el Pleno, como establecía la legislación anterior [art. 47.3.j) de la LBRL, hoy modificado]. El resto del precepto no presenta novedad real, aparte su más clara redacción. En concreto, se clarifica de una vez por todas que el nombramiento y las sanciones del personal corresponden en todo caso al Alcalde, y no sólo cuando se trata de los funcionarios que usen armas, como podía deducirse de una interpretación literal del artículo 21.1.h) de la anterior redacción de la Ley. Tampoco presenta novedad la remisión a los preceptos que regulan el régimen peculiar de provisión de puestos de trabajo y separación del servicio de los funcionarios con habilitación de carácter nacional. El Alcalde además (o el órgano en que delegue) ostenta todas las competencias en materia de personal que no competan al Pleno [art. 24.d) del Texto refundido].

– Ejercer la jefatura de la Policía Municipal [art. 21.1.i)]. Ninguna novedad real contiene este apartado, ya que la competencia del Alcalde sobre el nombramiento y sanción de los funcionarios que usen armas, antes especificada en él, se encuentra subsumida ahora en la competencia general prevista en el nuevo artículo 21.1.h).

f) Competencias en materia urbanística

– Las aprobaciones de los instrumentos de planeamiento de desarrollo del planeamiento general no expresamente atribuidas al Pleno, así como la de los instrumentos de gestión urbanística y de los proyectos de urbanización [art. 21.1.j)]. Esta competencia del Alcalde fue introducida ya por el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, sustituido posteriormente por el artículo 4 de la Ley 7/1997, de 14 de abril, aunque ahora se añade la expresión relativa a los instrumentos de “gestión urbanística” (delimitación de polígonos, Bases y Estatutos de las Juntas de Compensación, reparcelaciones, proyectos de expropiación), que aquella Ley seguía atribuyendo al Pleno. En conexión con el artículo 22 de la propia LBRL, del que constituye el reverso, significa que el Alcalde puede aprobar inicialmente los planes de desarrollo del planeamiento urbanístico general del Municipio (planes parciales, especiales, PAU, estudios de detalle y figuras afines previstas en la legislación urbanística autonómica). Ahora bien, la decisión final (dentro del ámbito municipal) sobre todo tipo de planes urbanísticos sigue correspondiendo al Pleno, como se dirá después.

– El otorgamiento de las licencias, salvo que las leyes sectoriales lo atribuyan al Pleno o a la Comisión de Gobierno [art. 21.1.q)]. También en esta materia la Ley recoge un precepto del Texto refundido del Real Decreto Legislativo 781/1986 [art. 24.e)] e introduce una clarificación oportuna, para que no haya lugar a dudas de que el otorgamiento de las licencias corresponde al Alcalde salvo excepción expresa contemplada en una ley (no en un reglamento) y no sólo cuando así lo dispongan las ordenanzas municipales, como antes se establecía en el texto de la LBRL.

g) Competencias en materia de bienes públicos

– La adquisición de bienes y derechos cuando su valor no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del Presupuesto ni los 500.000.000 de pesetas, así como la enajenación del patrimonio que no supere el porcentaje ni la cuantía indicados en los siguientes supuestos:

La de bienes inmuebles, siempre que esté prevista en el Presupuesto.

La de bienes muebles, salvo los declarados de valor histórico o artístico cuya enajenación no se encuentre prevista en el Presupuesto [art. 21.1.p)].

En esta última materia se han detraído competencias del Pleno, que antes tenía todas las relativas a la adquisición de bienes y derechos y a la enajenación del patrimonio y que ahora sólo conserva algunas.

h) Otras competencias

Además de las expuestas, el Alcalde mantiene la potestad tradicional de dictar bandos [art. 21.1.e)], mediante los que puede expresar una cierta función normativa, si bien los bandos no siempre tienen esa naturaleza, sino más bien carácter de recomendación, información o recordatorio de deberes y derechos ciudadanos.

Junto a las competencias mencionadas, hay que tener en cuenta la cláusula residual de competencias contenida ahora en el artículo 21.1.s), según el cual corresponden al Alcalde las demás competencias que le atribuyan las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas asignen al Municipio y no atribuyan a otros órganos municipales. Esta cláusula residual también se contenía, con la misma redacción, en la legislación anterior.

Igualmente, hay que tener en cuenta que corresponde al Alcalde el nombramiento de los Tenientes de Alcalde (art. 21.2), aspecto sobre el que no existe novedad legal.

Sobre las competencias que el Alcalde puede ejercer por delegación del Pleno, trataremos en un apartado posterior.

B) Competencias del Presidente de la Diputación

Estas competencias se regulan en el artículo 34 en paralelo a las competencias del Alcalde, con las lógicas diferencias debidas a las distintas funciones que desempeñan Ayuntamientos y Diputaciones. Por tanto, nos limitamos a exponerlas resumidamente, remitiéndonos a lo ya expuesto en el apartado anterior.

En síntesis, el Presidente de la Diputación tiene las mismas competencias que el Alcalde en materia de dirección de la Corporación, representación y ejercicio de acciones y en materia financiera, de personal y de bienes públicos. Todas las observaciones que se han hecho

al respecto de las competencias del Alcalde son trasladables a las del Presidente de la Diputación en su ámbito propio. Lo mismo puede decirse de las competencias de ejecución, salvo las de adoptar medidas de excepción en caso de situación catastrófica y sancionar la infracción de las ordenanzas municipales, funciones tan características del Alcalde como la de dictar bandos o nombrar Tenientes de Alcalde (pero el Presidente de la Diputación puede nombrar Vicepresidentes: art. 34.3). Aparte de ello, la única diferencia en cuanto a las competencias que hemos denominado “de ejecución ordinaria” es que el Presidente de la Diputación sólo puede aprobar contrataciones y concesiones con un límite máximo de 500.000.000 de pesetas (y no mil millones). No se sabe a qué obedece esta diferencia de criterio. Por lo demás está claro que el Presidente de la Diputación no puede tener las competencias del Alcalde en materia urbanística, pues no las tiene la Diputación.

3. LAS COMPETENCIAS DEL PLENO

La determinación de las competencias propias del Pleno del Ayuntamiento (y de la Diputación Provincial) implica tener en cuenta no sólo lo dispuesto en el artículo 22 de la LBRL (y en el artículo 33, por lo que se refiere a la Diputación Provincial), sino también lo dispuesto en el artículo 47 de la misma Ley, que refiere los asuntos en que se precisa una mayoría especial para su aprobación, ya que el artículo 22.2.p) y el 23.2.ñ), por lo que se refiere a la Diputación Provincial, disponen que son también competencia del Pleno aquellas materias para cuya aprobación se exija una mayoría especial. Combinando todos estos preceptos y con la misma sistemática y criterio con que se han expuesto las atribuciones del Alcalde y Presidente de la Diputación, se pueden definir de la siguiente manera las competencias del Pleno.

A) Competencias del Pleno del Ayuntamiento

a) Competencias de control

– El control y fiscalización de los órganos de gobierno [art. 22.2.a)], es decir, del Alcalde, Comisión de Gobierno y Concejales Delegados. A este respecto debe tenerse en cuenta que las facultades de control ordinario del Pleno ya previstas en la legislación vigente (LBRL y Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico) se refuerzan en el nuevo texto de la ley mediante el incremento de la periodicidad mínima de las sesiones del Pleno [art. 46.2.a)] y la automaticidad de la convocatoria de las sesiones extraordinarias solicitadas por una cuarta parte al menos de los Concejales, si el Alcalde no las convoca en el plazo de quince días [art. 46.2.a)]. También se refuerzan las facultades de control del Pleno mediante la norma que ordena diferenciar con “sustantividad propia” la parte de los plenos ordinarios dedicada al control, mediante formulación de ruegos, preguntas y mociones [art. 46.2.e)]. Las facultades de supervisión de los Concejales se incrementan asimismo al considerarse obligatoria en los municipios de más de 5.000 habitantes (y en las Diputaciones Provinciales), salvo que la legislación autonómica no prevea otra cosa, la constitución de órganos con funciones de “seguir-

miento de la gestión del Alcalde, la Comisión de Gobierno y los concejales que ostenten delegaciones” [arts. 20.1.c) y 32.2], y al disponerse que debe resolverse en el plazo de cinco días sobre las solicitudes de información formuladas por los Concejales al Alcalde o Comisión de Gobierno relativas al funcionamiento de los servicios (art. 77). Con estas medidas, el legislador intenta “compensar”, confesadamente (Exposición de Motivos de la Ley 11/1999), la atribución de competencias antes plenas al Alcalde.

– La votación sobre la moción de censura al Alcalde y sobre la cuestión de confianza planteada por el mismo [art. 22.3 LBRL, y arts. 97 y 197 bis de la LOREG]. Sobre estos extremos hemos de remitirnos al estudio específico que se contiene en este mismo número de la Revista.

b) Competencias institucionales y relaciones con otras Administraciones

– Los acuerdos relativos a la participación en organizaciones supramunicipales; alteración del término municipal; creación o supresión de municipios y de las Entidades de ámbito territorial inferior al municipio; creación de órganos desconcentrados; alteración de la capitalidad del municipio y el cambio de nombre de éste o de aquellas Entidades y la adopción o modificación de su bandera, enseña o escudo [art. 22.2.b)]. No hay novedades en este punto. Recuérdese que algunos de los citados acuerdos requieren de una mayoría especial, a veces de dos tercios del número de hecho de los miembros de la Corporación (art. 47.2 y 3).

– La aceptación de la delegación de competencias hecha por otras Administraciones públicas [art. 22.2.h)].

– El planteamiento de conflictos de competencias a otras Entidades locales y demás Administraciones públicas [art. 22.2.h)].

– Transferencia de funciones o actividades a otras Administraciones públicas, así como la aceptación de las delegaciones o encomiendas de gestión realizadas por otras Administraciones, salvo que por ley se impongan obligatoriamente [art. 47.3.c)]. La última parte de este precepto, relativo a la aceptación de delegaciones y encomiendas, es nuevo y ha sido introducido por la Ley 11/1999, en concordancia con lo dispuesto hoy por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

A LA HORA DE ESTUDIAR LAS COMPETENCIAS DEL PLENO SE HA DE TENER EN CUENTA EL ARTÍCULO 22 LBRL JUNTO AL ARTÍCULO 47, QUE RECOGE LOS ASUNTOS QUE REQUIEREN UNA MAYORÍA ESPECIAL PARA SU APROBACIÓN. CON CARÁCTER GENERAL SE PUEDE AFIRMAR QUE CON LA NUEVA LEY SE HA INTENTADO REFORZAR LAS FACULTADES DE CONTROL DEL PLENO, PERO HA PERDIDO BUENA PARTE DE SUS FACULTADES EN FAVOR DEL ALCALDE

c) Competencias normativas y de organización interna

- La aprobación del Reglamento Orgánico y de las Ordenanzas [art. 22.2.d)]. Parece necesario entender incluida en este apartado la aprobación de todas las normas que rijan la organización interna de la Entidad local y las que regulen derechos y deberes de los ciudadanos.
- La aprobación de las formas de gestión de los servicios y de los expedientes de municipalización [art. 22.2.f)].

No hay novedades legales en estos apartados, aunque hubiera sido oportuno clarificar el alcance de la expresión “aprobación de las formas de gestión de los servicios”, para determinar a qué actos se refiere y a cuáles no (por ejemplo, modificación de los estatutos de organismos y empresas municipales, variaciones en la composición del capital...). Lógicamente toda modificación que implique pasar de una a otra forma de gestión de los servicios requiere acuerdo plenario y también la aprobación y modificaciones de los Estatutos de los organismos y sociedades, que constituyen normas organizativas. Pero otras modificaciones menores en el régimen de gestión de cada servicio no precisan ser decididas en el Pleno.

d) Ejercicio de acciones

- El ejercicio de acciones judiciales y administrativas y la defensa de la corporación en materias de competencia plenaria [art. 22.2.j)]. Como se ha dicho, en esta materia, que implica el nombramiento de los defensores jurídicos de la Corporación en cada caso, el Pleno ha perdido buena parte de sus competencias en favor del Alcalde.
- La declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento [art. 22.2.k)]. Esta competencia se asigna ahora expresamente al Pleno por la Ley 11/1999, en concordancia con el art. 103.5 de la Ley 30/1992. Como se ha dicho, debe entenderse también que el Pleno tiene competencia para la revisión de oficio de los actos de la Corporación y no sólo en materia tributaria.

e) Competencias en materia tributaria, presupuestaria y financiera

- La determinación de los recursos propios de carácter tributario (lo que se hará mediante la aprobación de las ordenanzas fiscales); la aprobación y modificación de los Presupuestos; la disposición de gastos en materia de su competencia y la aprobación de las cuentas; todo ello de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Haciendas Locales [art. 22.2.e)]. Ninguna modificación se introduce en este punto, salvo la remisión expresa (ya antes implícita) a la Ley de Haciendas Locales.
- La concertación de las operaciones de crédito en todos aquellos casos en que, por razón de la cuantía, no está atribuida al Alcalde [art. 22.2.m)] y que ya fueron expuestos con anterioridad.

– Aprobación de operaciones financieras o de crédito y concesiones de quintas o esperas, cuando su importe supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios de su Presupuesto, así como los créditos extraordinarios y suplementos de crédito [art. 47.3.g)]. A ello se añade el reconocimiento extrajudicial de créditos cuando no exista dotación presupuestaria [art. 23.1.e) del Texto refundido de 1986].

f) Competencias de gestión ordinaria

– Las contrataciones y concesiones de toda clase en aquellos casos en que no corresponda al Alcalde y la aprobación de los proyectos de obras y servicios cuando el propio Pleno sea competente para su contratación o concesión y cuando aún no estén previstos en los Presupuestos [art. 22.2.n) y ñ)]. Ya se ha dicho que en estas materias se ha producido un sensible trasvase de competencias al Alcalde por razón de la cuantía de los asuntos.

g) Competencias urbanísticas

– La aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes y demás instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística [art. 22.2.c)]. Eso último significa que el Pleno es competente para la aprobación provisional no sólo de los Planes Generales de Ordenación Urbana, sino también de los demás tipos de planes urbanísticos (parciales, especiales, PAU... y figuras análogas contempladas en la legislación autonómica aplicable en cada caso), en aquellos casos en que la aprobación definitiva corresponda a la Comunidad Autónoma. Asimismo, el Pleno es competente para aprobar definitivamente aquellos planes de desarrollo cuya aprobación definitiva corresponda al Ayuntamiento, aprobación definitiva que, normalmente, coincidirá con la provisional o sustituirá a ésta. De todas formas, hay que recordar que esta nueva redacción del precepto supone una reducción de las competencias urbanísticas del Pleno a favor del Alcalde y que fue introducida ya por el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio.

h) Competencias en materia de personal

– La aprobación de la plantilla de personal y de la relación de puestos de trabajo, la fijación de la cuantía de las retribuciones complementarias fijas y periódicas de los funcionarios y el número y régimen del personal eventual [art. 22.2.i)]. Esta nueva redacción merma considerablemente las competencias del Pleno en materia de personal, limitándolas a aquellos aspectos que tienen mayor conexión con los aspectos presupuestarios y, como cautela, también a las decisiones sobre el personal eventual que estará formado, por regla muy general, por los asesores personales del Alcalde y los Concejales. Ni siquiera se reserva al Pleno la distribución de los complementos no fijos, entre ellos el complemento de productividad, aunque lógicamente deberá pronunciarse sobre su cuantía global anual al aprobar los Presupuestos.

i) Competencias en materia de bienes

– La alteración de la calificación jurídica de los bienes de dominio público [art. 22.2.l)]. Esta competencia incluye tanto la desafectación de los bienes de dominio público, como

la afectación de bienes al dominio público, aunque no las llamadas mutaciones demaniales. Igualmente comprende la de alteración de la calificación jurídica de los bienes comunales [art. 47.3.k)], lo que es lógico ya que, según el artículo 80.1 de la propia LBRL la naturaleza jurídica de los comunales se asimila a la de los bienes de dominio público. A ello hay que añadir que corresponde al Pleno la regulación del aprovechamiento de los bienes comunales en los términos previstos en la legislación aplicable [art. 23.1.b) del Texto refundido].

– La adquisición de bienes y derechos cuando su valor supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del Presupuesto o, en todo caso, cuando sea superior a 500.000.000 de pesetas y las enajenaciones patrimoniales cuando no correspondan al Alcalde [art. 22.2.o)]. Antes el Pleno era competente en exclusiva para la adquisición de bienes [art. 23.1.a)] del Texto refundido] y para la enajenación del patrimonio. Como se ha visto ya no lo es, pues las operaciones de menor cuantía corresponden al Alcalde o Presidente.

– Cesión por cualquier título del aprovechamiento de los bienes comunales [art. 47.3.d)].

– Cesión gratuita de bienes a otras Administraciones o instituciones públicas [art. 47.3.l)].

A todo lo anterior hay que añadir aquellas competencias que expresamente reserven o atribuyan al Pleno leyes sectoriales [art. 22.2.q)], recordando que, en cualquier caso, las competencias no atribuidas expresamente al Pleno corresponden al Alcalde (o a aquellos otros órganos que las tengan conferidas).

B) Competencias del Pleno de la Diputación Provincial

Se regulan en el artículo 33.2 y 3 de la LBRL, en paralelo a las competencias del Pleno del Ayuntamiento. Las diferencias son mínimas y guardan relación con las distintas competencias de municipios y provincias. Destaca la competencia para la aprobación de los planes de carácter provincial [art. 33.2.d)], entre los que se incluyen no sólo el Plan de Obras y Servicios, sino cualesquiera otros instrumentos de planificación de la actividad de la Diputación, en cualquiera de las materias de su competencia, ya que la Ley no distingue.

4. LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LOS DISTINTOS ÓRGANOS

La Ley 11/1999 ha modificado también el régimen de delegación de competencias de los Alcaldes (y Presidentes de Diputación Provincial) y del Pleno.

La delegación de competencias del Alcalde se regula en el artículo 22.3, ahora con mayores excepciones que las previstas anteriormente. En el texto anterior a la Ley 11/1999 el Alcalde podía delegar el ejercicio de todas sus atribuciones salvo las de convocar y presidir las sesiones del Pleno y de la Comisión de Gobierno y las relativas a la dirección del gobier-

no y la administración municipales, la de dictar bandos, desempeñar la jefatura superior del personal, ejercitar acciones judiciales y administrativas en caso de urgencia y adoptar medidas excepcionales en supuestos catastróficos. Ahora tampoco puede delegar la facultad de decidir los empates con el voto de calidad (algo implícito en la legislación anterior para las sesiones del Pleno) ni algunas de las competencias que ha asumido en detrimento del Pleno. En concreto, no puede delegar la concertación de las operaciones de crédito (cuando le correspondan), la separación del servicio de los funcionarios y el despido del personal laboral, el ejercicio de cualquier acción judicial o administrativa y la iniciativa o propuesta de declaración de lesividad. Las competencias que ostenta en materia de planeamiento urbanístico y de aprobación de los instrumentos de gestión urbanística y de los proyectos de urbanización sólo pueden delegarse en la Comisión de Gobierno. Otras muchas competencias del Alcalde, la mayoría, son delegables, entre ellas las nuevas competencias que ha asumido legalmente en materia de personal (salvo separaciones del servicio y despidos) y de bienes.

El mismo régimen se aplica, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, sin referencia a competencias urbanísticas), para la delegación de competencias del Presidente de la Diputación Provincial (art. 34.2).

Por lo que se refiere a la delegación de competencias del Pleno, la novedad más importante es que puede acordarse en favor del Alcalde y no sólo de la Comisión de Gobierno (art. 22.4). Es más, el Pleno puede optar con total discrecionalidad entre uno y otro órgano delegado, ya que no existe ahora ninguna previsión expresa de delegación de ciertas competencias exclusivamente en la Comisión de Gobierno. Ésta, además de la función de asistencia al Alcalde, sólo ejerce ahora “las atribuciones que el Alcalde u otro órgano municipal le delegue o le atribuyan las leyes” [art. 23.2.b)].

En cualquier caso el Pleno sólo puede delegar, de entre las competencias propias que le atribuye el artículo 22.2 de la LBRL, las correspondientes al ejercicio de acciones judiciales y administrativas, la declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento, la concertación de operaciones de crédito, las contrataciones y concesiones (salvo en los casos en que se requiera una mayoría especial para aprobarlas), la aprobación de proyectos de obras y servicios y la adquisición y enajenación de bienes y derechos salvo que se requiera una mayoría especial para aprobarlas (art. 22.4). Pero hay que tener en cuenta que, según el artículo 47.3, se requiere mayoría abso-

EL RÉGIMEN DE DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS TAMBIÉN SE HA VISTO MODIFICADO POR LA LEY 11/1999. LA MAYORÍA DE LAS COMPETENCIAS DEL ALCALDE SON DELEGABLES, SALVO LA DE DECIDIR EMPATES O LAS ASUMIDAS EN DETRIMENTO DEL PLENO. EN CUANTO A ESTE ÚLTIMO, LA NOVEDAD MÁS IMPORTANTE ES LA POSIBILIDAD DE DELEGAR EN FAVOR NO SÓLO DE LA COMISIÓN DE GOBIERNO, SINO TAMBIÉN EN FAVOR DEL ALCALDE

luta (y por tanto son decisiones indelegables) para conceder bienes o servicios con más de cinco años cuando la cuantía exceda del 20 por ciento de los recursos del Presupuesto, para enajenar bienes en esa misma cuantía y para aprobar operaciones financieras o de crédito cuyo importe supere el 10 por ciento de los mismos recursos ordinarios. En consecuencia, las posibilidades de delegación son relativamente limitadas.

5. CONCLUSIÓN: VALORACIÓN GENERAL

Asistimos, pues, a una reforma muy moderada, del equilibrio de competencias entre el Alcalde o Presidente (y su Comisión de Gobierno) y el Pleno de las Corporaciones locales. Una reforma que corrige pero no altera la fórmula de gobierno de los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales existente no ya desde la LBRL sino, antes aún, desde la Ley de Elecciones Locales de 1978. Reforma presidida por el objetivo de mejorar la eficacia, que incrementa las competencias decisorias del Alcalde y del Presidente de la Diputación en detrimento del Pleno, y que se compensa con una mejora, igualmente moderada, de las facultades de control de éste.

Por lo expuesto, la valoración que puede hacerse es positiva, aunque debe quedar bien claro que la práctica de las Corporaciones locales no va a sufrir muchos cambios, en general. No pueden compartirse, pues, algunas críticas iniciales que destacan las mayores posibilidades que el Alcalde tiene para decidir y muestran su preocupación por las arbitrariedades a que ello puede dar lugar, sobre todo por lo que se refiere a sus nuevas competencias en materia de personal. Aparte de que el mantenimiento de las competencias decisorias en manos del Pleno no es tampoco, ni ha sido nunca, un seguro contra los posibles abusos de la mayoría gobernante, ahora la mayor concentración de competencias decisorias en el Alcalde tiene la virtud de clarificar las responsabilidades. Quizá también por esta razón, algunos Alcaldes se apresuren a delegar muchas de las nuevas competencias que reciben en la Comisión de Gobierno o en Concejales.

Lo que importa más es que las novedades introducidas en el sistema de control interno de los órganos ejecutivos municipales y provinciales funcione adecuadamente. Me refiero a las Comisiones de seguimiento, a la mayor periodicidad de las sesiones plenarias y al tiempo de control reservado en ellas y, sobre todo, a los derechos de información de todos los Concejales sobre las actividades de aquellos órganos ejecutivos. Si este sistema funciona, la atribución de algunas competencias decisorias más al Alcalde o Presidente y, por tanto, a su equipo de gobierno, puede ser beneficiosa.

En cualquier caso, es difícil generalizar sobre una Ley que va a aplicarse a más de 8.000 Corporaciones, de muy distintas características y en las que se crearán problemas de muy diferente índole. En realidad, los efectos de la nueva regulación dependerán de factores que el legislador no puede contemplar, tales como la relación de fuerzas existente o inclusive el temperamento y las actitudes de las personas llamadas a aplicar la Ley en cada caso. Sobre esto, poco puede añadirse en estas páginas.

Moción de censura y cuestión de confianza en las Corporaciones Locales

ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ

Profesor de Derecho
Constitucional
Universidad de Málaga

Sumario:

1. Introducción. 2. El procedimiento típico de la moción de censura en las Corporaciones

Locales. 1. La racionalización de las condiciones relativas a la presentación de la

moción de censura. A) Las condiciones objetivas y subjetivas de la propuesta de

moción de censura. B) Las dos fases de la presentación de la moción de censura y su

conexión con la garantía de su debate y votación. 2. El contenido garantista de la tra-

mitación de la moción de censura. 3. El reforzamiento de la naturaleza política de la

sesión de debate y votación de la moción de censura. A) La actualización del control y

exigencia de la responsabilidad política como contenidos específicos del debate de la

moción de censura. B) Las garantías sobre la votación y la aprobación de la moción de

censura. **3. La moción de censura en municipios en que se aplica el régimen de conce-**

jo abierto. 4. La cuestión de confianza en las Entidades Locales. 1. Los rasgos comunes

de la cuestión de confianza en las entidades locales. 2. Las particularidades derivadas de

la pérdida de la cuestión de confianza. A) La elección del Alcalde tras el cese producido

por pérdida de una cuestión de confianza, en los municipios con población superior a

250 habitantes. B) La elección del Alcalde tras el cese producido por pérdida de una

cuestión de confianza, en los municipios con población comprendida entre 100 y 250

habitantes. C) La elección del Presidente del Cabildo Insular canario tras el cese produ-

cido por pérdida de una cuestión de confianza. D) La elección del Presidente de la

Diputación Provincial tras el cese producido por pérdida de una cuestión de confianza.

5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la admisión legislativa de la moción de censura en las entidades locales en 1985, realizada con la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril, en adelante, LRBRL) y la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, en adelante, LOREG), el legislador ha reformado la exigencia de la responsabilidad política en dichas entidades en dos ocasiones. La primera se efectuó a través de la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, de modificación de la LOREG, y la segunda se ha materializado –al igual que la admisión– a través de dos instrumentos, la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la LRBRL, y la Ley Orgánica 8/1999, también de 21 de abril, de modificación de la LOREG.

En esta última reforma, en primer lugar, se han realizado modificaciones relativas al procedimiento típico de la moción de censura, es decir, el previsto para la propuesta frente al Alcalde, al Presidente del Cabildo Insular y al Presidente de la Diputación Provincial, si bien alcanza a estos dos últimos por la remisión efectuada a la regulada respecto al primero. Junto a ello, se han introducido la moción de censura al Alcalde en los municipios regidos por el sistema de concejo abierto y la cuestión de confianza.

2. EL PROCEDIMIENTO TÍPICO DE LA MOCIÓN DE CENSURA EN LAS CORPORACIONES LOCALES

La reforma efectuada en 1999 está conectada, formal y sustancialmente, con la llevada a cabo en 1991. En efecto, el legislador reconoce de modo expreso, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1999, que las modificaciones ahora introducidas “vienen a completar y precisar” las realizadas entonces. En esta línea se enmarca la convocatoria automática del Pleno que debe discutir y votar la moción de censura, profundizándose en la previsión incorporada en 1991 sobre el plazo de quince días para proceder a su discusión y votación. De esta manera, lo que en dicha Exposición de Motivos se llama “mejora del gobierno local” y en cuyo trasfondo subyacen respuestas a concretos problemas surgidos en la práctica, tiene relación con el interés por cubrir los vacíos y disfuncionalidades en la regulación de esta institución, motivación de la reforma de 1991. Finalmente, también el alto grado de acuerdo parlamentario conseguido es un punto de conexión con la anterior modificación.

Con esta reforma, se han unificado en la LOREG aspectos dispersos en distintas normas legales e infralegales, ofreciéndose ahora una muy detallada regulación, lo que se explica por la conexión teórica y práctica de la moción de censura con los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 23 CE. Esa unificación aporta una mayor seguridad jurídica y reduce los obstáculos para la interpretación. En ese sentido, ha de recordarse que la regulación recogida en dicha ley electoral relativa a la moción de censura en estas tres Corporaciones Locales, no puede ser sustituida o modificada por la legislación autonómica.

Con carácter general, las modificaciones del procedimiento típico de la moción de censura en las Corporaciones Locales, presentan como rasgo común ofrecer respuestas a problemas surgidos en la práctica de esa institución, conectados con el ejercicio de los mencionados derechos fundamentales. De esta manera, se profundiza en el aspecto positivo de su proceso de racionalización, entendido como formalización legislativa adecuada, y en las garantías correlativas al ejercicio de este instrumento de exigencia de la responsabilidad política, especialmente en cuanto a su tratamiento normalizado, comprensivo de su presentación, tramitación, debate y votación. También se han introducido precisiones que suponen un cierto agravamiento de las condiciones de ejercicio de esta moción de censura.

1. La racionalización de las condiciones relativas a la presentación de la moción de censura

El nuevo apartado 1 del artículo 197 establece las reglas que rigen el tratamiento normalizado de la moción de censura, es decir, las referidas a su presentación, tramitación y votación.

A) Las condiciones objetivas y subjetivas de la propuesta de moción de censura

Respecto al primero de esos aspectos, debe comenzarse el análisis por el escrito de proposición, que deberá ir firmado por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación. La especificación de que se trata del número legal no estaba contenida en la regulación anterior y supone un agravamiento de las condiciones de suscripción de la moción, por cuanto ese número legal previsto en los artículos 179.1, 201.1 y 204.1 LOREG, puede no coincidir con el número de hecho de miembros. Por ello, la posibilidad de aplicar la previsión del artículo 182 LOREG, posibilitando la adecuación de esa mayoría al número de hecho, queda impedida en los supuestos de moción de censura.

Igualmente, se ha introducido, como respuesta a problemas planteados en la práctica, la necesidad de la autenticación de las firmas de quienes proponen la moción, operación que puede realizarse bien por un Notario, bien por el Secretario general de la Corporación.

Se mantiene la previsión sobre la imposibilidad de firmar cada miembro de la Corporación más de una moción de censura

EN ORDEN A REFORZAR LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD POLÍTICA EN LAS ENTIDADES LOCALES, SE HA MODIFICADO EL PROCEDIMIENTO TÍPICO DE LA MOTIÓN DE CENSURA Y SE HA INTRODUCIDO LA CUESTIÓN DE CONFIANZA EN LAS ENTIDADES LOCALES Y LA MOTIÓN DE CENSURA AL ALCALDE EN LOS MUNICIPIOS REGIDOS POR EL SISTEMA DE CONCEJO ABIERTO

durante su mandato. Esta prohibición existe desde la primera regulación de la institución en 1985 y supone una opción muy restrictiva, al impedir suscribir otra moción siempre que se haya producido el debate y votación de la presentada, aunque haya triunfado. Teniendo en cuenta que se han incrementado las garantías para la efectiva celebración de la sesión, pueden indicarse varios efectos de esta prescripción.

Por un lado, refleja una efectiva agravación de los requisitos para presentar la moción de censura, en cierta correspondencia con un determinado aspecto de la racionalización de los mecanismos de exigencia de la responsabilidad política a nivel general¹. Por otra parte, sirve para acentuar la consideración autónoma de la sesión en que se deba debatir y votar, ayudando a otorgar una propia sustantividad a la actualización del control y exigencia de responsabilidad insertos en toda moción de censura. Esto sucede porque la propia ley electoral realiza la regulación de esta sesión al margen de las categorías y mayorías previstas en la LRBRL. Y, finalmente, ha de indicarse un efecto de irradiación de la regulación de la moción de censura, sobre una de esas categorías, producido con la modificación de la LRBRL. En efecto, ahora se ha introducido un número máximo de sesiones extraordinarias del Pleno de los Ayuntamientos que puede solicitar anualmente cada Concejal, cifrándose ese número en tres. Ciertamente, la previsión sólo afecta a los miembros de los Ayuntamientos y no a los de otras Corporaciones Locales, y aparece como un contrapeso a la introducción de mecanismos para la efectiva celebración de esas sesiones, incluso estableciéndose su convocatoria automática cuando el Alcalde no lo haga².

Conectada también con esta limitación sobre el número de mociones de censura que pueden ser firmadas por cada miembro de la Corporación durante su mandato, aparece la previsión de no tener en cuenta para realizar ese cómputo de aquellas mociones no tramitadas por incumplir alguno de los requisitos previstos en el artículo 197.1.b) LOREG. Este último inciso incluye la necesidad de autenticación de las firmas y la de presentar la moción ante el Secretario general de la Corporación, junto a la obligación legal de éste de comprobar si la moción reúne todos los requisitos previstos en el artículo 197 LOREG, exteriorizando —en ese caso— mediante una diligencia tal comprobación. Por tanto, para advertir si opera esta limitación no se tendrán en cuenta aquellas mociones que no hayan superado el acto de control que supone esta actuación del Secretario, primera fase de la presentación actual de las mociones de censura y que se explica posteriormente. Ahora basta retener que, en el entendimiento de la ley, sólo éstas no computan para observar la limitación impuesta. Esta regulación parte del convencimiento de celebración de la sesión de debate y votación de la moción, gracias al mecanismo de la convocatoria automática del Pleno, producida por el registro de esta iniciativa.

(1) Para una explicación de ese proceso de racionalización en el ámbito general y sobre su plasmación en el ordenamiento constitucional español, vid. BALAGUER CALLEJÓN, F., Prólogo a Trujillo Pérez, Á.J., *La moción de censura en las entidades locales*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 17 a 25.

(2) Esta regulación se efectúa en el artículo 46.2.a) LRBRL, según la redacción dada por la Ley 11/1999.

Sin embargo, la propia división introducida por la reforma acerca de dos fases en la presentación de la moción presenta un nuevo problema. En efecto, podría darse el caso de mociones diligenciadas por el Secretario de la Corporación, pero no presentadas en el Registro General. Propiamente, no se trata del desistimiento de la moción, pues aún no se ha superado toda la fase de presentación. Por un lado, una comprensión literal de la nueva dicción del artículo 197.2 LOREG obligaría a computar, como mociones ya firmadas, todas aquellas que no se tramitaron por motivos diversos al del incumplimiento de los requisitos y, por tanto, no se podría suscribir otra por esos mismos miembros. Por otro, una interpretación más favorable al ejercicio de esta facultad, podría entender que la fase de presentación acaba con el registro y, a partir de ahí, comienza la tramitación: así, aquellas que no llegaran a ser registradas no computarían para el funcionamiento de esta limitación. La primera interpretación, con todo, se atiene más al tenor literal de la nueva redacción del precepto.

Con la regulación de la cuestión de confianza, se ha introducido un límite temporal a la firma de las mociones de censura. Desde ahora, los miembros de la Corporación que voten a favor de un acuerdo que tiene vinculada una cuestión de confianza, no pueden firmar una moción de censura contra el Presidente de la Corporación que hubiese planteado dicho acuerdo durante un plazo de seis meses, “contado a partir de la fecha de votación” del mismo. Sin embargo, si en ese período se produjera una sustitución de ese Presidente de la Corporación, debe entenderse que no opera esta limitación temporal.

Finalmente, debe indicarse que respecto a la moción de censura conectada con la cuestión de confianza vinculada a la aprobación o modificación de los presupuestos de la Corporación, no rige la prohibición de firmar más de una moción por miembro de la misma durante su mandato. Dado que pueden plantearse varias cuestiones de confianza a lo largo del mandato de una Corporación, estas mociones de censura previstas en el artículo 197 bis.5 LOREG, no deberían computar para establecer la operatividad de esta limitación.

El problema surge porque el legislador ha dejado claro que en la secuencia moción de censura y posterior cuestión de confianza sobre el acuerdo de presupuestos conectada con moción de censura, no rige para esta última la mencionada limitación. Sin embargo, sobre la secuencia inversa, esto es, cuestión de confianza con su moción de censura y una posterior moción de censura, no se ha pronunciado el legislador. Aquí se sostiene que sí sería posible esta última secuencia, pues las cuestiones de confianza pueden ser dos para un mismo Alcalde por mandato y si el Alcalde fuera sustituido, también el nuevo podría plantear dos, pues las facultades inherentes a cada cargo público representativo no pueden ser objeto de vaciamiento y se debe reconocer en plenitud el derecho fundamental al ejercicio de la función representativa³.

Como la moción es constructiva, ha de incluir el nombre del candidato propuesto –que puede ser cualquier Concejal–, debiendo constar su aceptación expresa en el mismo escrito.

(3) Con relación al concepto de cargo público representativo y los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 23 CE, GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos. Un estudio sobre el artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

B) Las dos fases de la presentación de la moción de censura y su conexión con la garantía de su debate y votación

La presentación de la moción de censura por cualquiera de sus firmantes tiene ahora dos fases, pues primero se presentará ante el Secretario general y, sólo tras la actuación de éste, en el Registro General de la Corporación. La razón de ser de esta división se conecta con la convocatoria automática del Pleno para debatir la moción, principal aportación de esta reforma legal, que no quiere dejar ningún resquicio sobre ella a la libre opción del Presidente de la Corporación. En efecto, esta convocatoria *ope legis* del Pleno se produce tras el registro de la moción, “para las doce horas del décimo día hábil siguiente al de su registro”. Por eso, se concreta cuál es dicho Registro y se introduce la intervención previa del Secretario general.

Como se ha dicho, la intervención de este último tiene por objeto verificar que la moción propuesta cumple los requisitos previstos en el artículo 197 LOREG y, en caso afirmativo, extenderá en el mismo acto una diligencia acreditando ese cumplimiento. Sólo las mociones así diligenciadas podrán presentarse ante el Registro. Se tratará, obviamente, de un control externo, sobre los requisitos formales de la moción, y no sobre su oportunidad.

Hasta ahora, la comprobación del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 197 LOREG, se efectuaba en el momento del registro, erigiéndose la falta de alguno de ellos en única causa legal suficiente para denegar la convocatoria. Sin embargo, esta prescripción —contenida en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, en adelante ROFRJEELL—, no garantizaba la convocatoria del Pleno, ni siquiera cuando en 1991 se incorporó a la LOREG la previsión sobre el plazo de quince días desde la presentación de la moción de censura, para llevar a cabo su discusión y votación en un Pleno convocado al efecto.

En el nuevo régimen, se pretende que dicha comprobación se efectúe con anterioridad al momento en que se produce, por ministerio de la ley, la convocatoria automática del Pleno y por un funcionario cualificado de la Corporación. Se pretende, así, garantizar el debate y votación, en la correspondiente sesión plenaria, de aquellas mociones de censura propuestas con los requisitos establecidos. De esta forma, el Secretario general realizará su actuación dentro de las coordenadas previstas en el propio artículo 197 LOREG, precepto que no prevé valoraciones de índole discrecional o materiales sobre la justificación de la moción propuesta como impedimentos para la convocatoria de la sesión. Al centrar su actuación sobre el cumplimiento de los requisitos previstos, se configura también una garantía a favor de la propia moción de censura, pues sólo aquellas formalizadas de acuerdo con la Ley podrán ser objeto de debate y votación. De algún modo, se progresa en la formalización de este instrumento de exigencia de responsabilidad política⁴.

(4) Sobre la recepción y configuración en nuestro ordenamiento de la moción de censura en las entidades locales, puede consultarse TRUJILLO PÉREZ, A.J., *La moción...*, ob. cit. en nota (1).

2. El contenido garantista de la tramitación de la moción de censura

Se ha hecho mención de la principal consecuencia jurídica que tiene el registro de la moción, pero dicho momento despliega también otras funcionalidades. En ese sentido, da lugar al comienzo de la fase de tramitación y por eso se especifica cuál es el lugar donde realizar dicha presentación, esto es, en el Registro General de la Corporación correspondiente. Como consecuencia, recae sobre el Secretario general la obligación legal de remitir a todos los miembros de la Corporación notificación indicando que se ha registrado la moción, “en el plazo máximo de un día, a contar desde la presentación del documento en el Registro”. La finalidad de esta prescripción está orientada a garantizar la participación de todos los miembros en la sesión convocada ya por ministerio de la ley y, por ello, en su notificación se especificará la fecha y hora de la misma.

Se ha hecho eco el legislador de un problema planteado en ocasiones por la dimisión del Alcalde ante la presentación de una moción de censura. Ahora se prevé que la dimisión sobrevenida no suspenderá la tramitación y votación de la misma. De nuevo, se plantea el problema de la concreta determinación del espacio temporal en que rige esta previsión legal.

En este sentido, el término final alcanzará hasta la dimisión planteada inmediatamente antes de la votación, pues expresamente la ley indica que no suspenderá la votación. Respecto al momento inicial, ha de tenerse en cuenta la finalidad de esta norma, que es proteger el desarrollo de la moción, el derecho que asiste a los que la suscriben para llegar al debate y votación de la misma e, incluso, el derecho del candidato propuesto a acceder al cargo. Desde esta perspectiva, sería adecuado considerar comprendida dentro del ámbito del precepto, toda dimisión producida con posterioridad a la presentación de la moción ante el Secretario general de la Corporación, primera fase de su presentación.

Antes, no obstante, de analizar dicha sesión, procede hacer referencia a las previsiones incorporadas en el artículo 197.5 LOREG, cuyo origen ha sido la práctica deparada en torno a las sesiones en que debatir una moción de censura. Ha de recordarse que una parte de la práctica negativa ha estado conformada por la propia conducta del Alcalde con la finalidad de impedir la celebración de la sesión o la asistencia de algunos Concejales a ella, debiendo éstos acudir a los Tribunales del

**EN EL NUEVO RÉGIMEN SE
PRETENDE QUE LA
COMPROBACIÓN DEL
CUMPLIMIENTO DE LOS
REQUISITOS NECESARIOS
PARA EL PLANTEAMIENTO
DE LA MOCIÓN DE CENSURA
SE EFECTÚE CON
ANTERIORIDAD AL
MOMENTO EN QUE SE
PRODUCE LA CONVOCATORIA
DEL PLENO Y POR UN
FUNCIONARIO DE LA
CORPORACIÓN,
GARANTIZANDO DE ESTA
FORMA EL DEBATE Y LA
VOTACIÓN EN LA SESIÓN
PLENARIA**

orden contencioso-administrativo para conseguir su celebración o asistencia y dando lugar, también, a la intervención de la jurisdicción penal.

Como respuesta, el legislador no se ha conformado con la nueva regulación, en la que se priva al Alcalde de cualquier protagonismo respecto a la celebración efectiva de la sesión. Además, ha introducido la obligación legal del Alcalde de impedir, en el ejercicio de sus competencias,

“cualquier acto que perturbe, obstaculice o impida el derecho de los miembros de la Corporación a asistir a la sesión plenaria en que se vote la moción de censura”.

Por ello, el alcance de esta previsión legal debe conectarse con el nuevo régimen establecido y una primera consecuencia vendría dada por la necesidad de abstenerse de estas conductas e, incluso, de efectuar acciones positivas a favor de la consecución de la asistencia a la sesión de quienes tienen derecho a ello. Sin embargo, la máxima relevancia de la fijación de esta obligación podría tener dimensión penal. En efecto, hasta ahora la jurisdicción penal ha considerado que esas conductas obstaculizadoras del Alcalde se enmarcaban en el delito de prevaricación o de desobediencia a la autoridad judicial. Con la reforma, dichas conductas conformarían mejor el delito contra el ejercicio de los derechos fundamentales, no admitido hasta el momento en el orden jurisdiccional mencionado.

3. El reforzamiento de la naturaleza política de la sesión de debate y votación de la moción de censura

A) La actualización del control y exigencia de la responsabilidad política como contenidos específicos del debate de la moción de censura

Con esta reforma se ha consolidado más el carácter propio y autónomo que tiene la sesión en la que se debatirá y votará la moción de censura. La modificación de 1991 hablaba de “un Pleno convocado al efecto” y doctrinalmente se podía defender una caracterización de dicha sesión al margen de las categorías previstas en la LRBRL, más adecuada al contenido específico que poseía y al complejo de derechos fundamentales que en ella se concentraba. De una parte, ese contenido específico viene dado por los rasgos de control político y exigencia de la responsabilidad política que reviste toda moción de censura. De otra, puede sostenerse porque en ella confluyen derechos fundamentales como el ejercicio de la función representativa, el acceso o la permanencia en los cargos públicos en condiciones de igualdad y con los requisitos previstos en las leyes, ostentados por los miembros de la Corporación en cuanto cargos públicos representativos.

Es, por ello, significativo de este efecto, que el momento de celebración y el contenido de la sesión en que debatir y votar la moción de censura vengan predeterminados por la ley electoral, al igual que ocurre con la sesión constitutiva de la Corporación. Como se observará a continuación, el detalle con el que el legislador regula la sesión que debe celebrarse refuerza su consideración autónoma y sus puntos de conexión con la sesión constitutiva.

Se prevé ahora que la sesión sea presidida por una Mesa de edad, integrada por los miembros de la Corporación de mayor y menor edad, excluidos el Alcalde y el candidato propuesto en la moción. Así mismo, presenta también un rasgo garantista a favor de la *completa celebración* de la sesión, de los derechos de todos los miembros y de la seguridad jurídica acerca del máximo órgano de gobierno de la Corporación. Con la expresión *completa celebración*, se quiere indicar tanto el debate, como la votación de la moción propuesta y ambos, además, realizados en breve tiempo. Dichos aspectos habían sufrido menoscabo en ocasiones por determinadas conductas, fundamentalmente de Alcaldes, impeditivas de alguna de ellas respecto a todos o a parte de los miembros de las Corporaciones, singularmente el candidato propuesto o alguno de los firmantes de la moción. Además, se hace frente también a situaciones de hecho realizadas como respuesta a esos obstáculos y que han repercutido sobre la necesaria seguridad en torno a la persona que preside la Corporación.

Será esa Mesa de edad la que presida la sesión plenaria y actuará como Secretario el que lo sea de la Corporación. Además, se prevé expresamente que éste deberá acreditar la composición y actuación de dicha Mesa de edad. Las funciones a realizar por la Mesa quedan predeterminadas por la regulación legal sobre el contenido de la sesión. En efecto, dará lectura a la moción de censura presentada, concederá la palabra por breve tiempo a determinados miembros de la Corporación y someterá la moción a votación. Es importante detenerse en quiénes y en qué orden prevé la ley que puedan hacer uso de la palabra en esta sesión, “si estuvieren presentes”.

En efecto, la nueva regulación encaja perfectamente con la determinación de los sujetos, activo y pasivo, del control y exigencia de responsabilidad, así como con el carácter constructivo de esta institución en el ordenamiento español. Se refuerza, por tanto, la importancia del debate de la moción de censura, al permitirse que todos los grupos políticos puedan dar a conocer su posición sobre la misma.

En primer lugar, se nombra al candidato propuesto en la moción, coherente con su carácter constructivo y con la previsión, ahora recogida en la LOREG, sobre la necesidad de aceptación expresa de dicho candidato, que debe constar en el escrito de proposición. Se refuerza, además, su trascendencia, en cuanto aglutinador del consenso de quienes presentan la moción, y permite alcanzar relevancia precisa a quien pudo no haber sido cabeza de lista en las elecciones, dada la apertura de la legitimación a todos los miembros de la Corporación para poder ser candidatos en la moción de censura. Se reafirma, por todo ello, la diferenciación de este supuesto con los de vacante en el cargo y la necesidad de su consideración autónoma.

Seguidamente se concederá la palabra al Alcalde o Presidente de la Corporación, lo que supone una precisión que no recoge expresamente la regulación vigente sobre la moción de censura prevista para el Presidente del Gobierno. Es importante retener que se trata del sujeto pasivo del control y exigencia de responsabilidad, insertos en toda actualización de la moción de censura. Además de la oportunidad política de esta previsión, ésta es acorde con la preeminencia ostentada por el Alcalde o Presidente de la Corporación en relación con los demás miembros de la Comisión de Gobierno y de su propio grupo político.

Incluso, cabe señalar su coherencia con la personalización favorecida por el propio sistema y proceso electoral y la distribución de competencias diseñada, ya en 1985, en la LRBRL y reafirmada en la reforma que ha efectuado en ella la Ley 11/1999. En efecto, el Alcalde y el Presidente de la Diputación Provincial ostentan las atribuciones que la legislación estatal o autonómica asignen a su respectiva Corporación y no atribuyan a otros órganos específicos⁵.

Finalmente, se nombra a los portavoces de los grupos municipales y su importancia se conecta con la previsión, incorporada ahora al artículo 74.3 LRBRL a través de la Ley 11/1999, sobre los grupos políticos constituidos a efectos de la actuación corporativa de los miembros de las Corporaciones locales. Esta regulación se inspira en un rasgo propio del funcionamiento de los actuales órganos representativos y presenta similitudes con el artículo 28 del Reglamento del Congreso de los Diputados. Del mismo modo, es preciso poner en relación esta previsión de la LOREG con el fortalecimiento de los instrumentos de control político y el papel atribuido en esta función a dichos grupos en la modificación de la normativa básica del régimen local⁶.

b) Las garantías sobre la votación y la aprobación de la moción de censura

Procede hacer de nuevo referencia al contenido del artículo 197.5 LOREG y, en consecuencia, a la obligación del Presidente de la Corporación de impedir actos que perturben, obstaculicen o impidan a sus miembros “ejercer su derecho al voto” en la sesión plenaria en que deba votarse la moción de censura. Y concretamente, señala el legislador que, respecto a esta institución, no serán de aplicación “las causas de abstención y recusación previstas en la legislación de procedimiento administrativo”. Esto supone una toma de posición clara frente a un problema ocasionado en la práctica política y jurisdiccional. Con esta concreción, se refuerza la naturaleza política de la moción de censura y su caracterización como instrumento que actualiza las relaciones de control y responsabilidad políticas.

Para prosperar la moción de censura, se requiere el voto favorable a la misma de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación. Esta especificación sobre el número legal, existente cuando se formalizó por primera vez esta institución en 1985, reaparece tras su sorprendente supresión en la reforma de 1991. En todo caso, supone un endurecimiento más de las condiciones de aprobación de la moción, por cuanto esta previsión impide que esta mayoría se entienda automáticamente referida al número de hecho de miembros de la Corporación, cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 182 LOREG. Por último, de acuerdo con el carácter constructivo, si la moción

(5) Así se recoge en los artículos 21.1.m) y 34.1.l) en la redacción de 1985 y 21.1.s) y 34.1.o) en la redacción dada por la Ley 11/1999. Junto a ello, se ha incorporado ahora a la LRBRL una redacción más positiva a la posibilidad de delegación de atribuciones del Pleno, en el Alcalde o Presidente de la Diputación Provincial y en la Comisión de Gobierno (cfr. artículos 22.4 y 33.4 de la LRBRL).

(6) Estos aspectos se encuentran en el artículo 20.1.c), en la regla segunda del artículo 32 y en el artículo 46.2.e) LRBRL.

es aprobada, el candidato propuesto queda proclamado Presidente de la Corporación.⁷

3. LA MOCIÓN DE CENSURA EN MUNICIPIOS EN QUE SE APLICA EL RÉGIMEN DE CONCEJO ABIERTO

La actual reforma de la LOREG ha introducido expresamente la moción de censura como mecanismo apropiado para destituir al Alcalde en los municipios regidos por el sistema de concejo abierto. Esto supone una novedad en relación con la situación anterior, pues no aparecía expresamente prevista, lo que había dado lugar a diferentes posicionamientos sobre su viabilidad y obliga a su consideración específica.

Ciertamente, la falta de previsión expresa podía afirmarse tan sólo en lo que respecta a la normativa básica, porque sí se encontraba en la regulación del régimen local de algunos ordenamientos autonómicos. Ahora, la ley electoral establece su regulación en el apartado 4 del artículo 197 y la menciona en el apartado 6 del mismo precepto.

Es preciso indicar, al comenzar este análisis, que esta incorporación a la LOREG no ha sido del todo afortunada en cuanto a su sistemática, por cuanto el texto aprobado del artículo 197.4 establece que la moción de censura “se regulará por las normas contenidas en los dos números anteriores, con las siguientes especialidades”. Este apartado era originariamente el número 3 del artículo 197 del Proyecto de Ley Orgánica y fue desplazado durante la tramitación parlamentaria, a pesar de lo cual se ha mantenido inalterado su texto⁸. Por ello, la referencia hecha a los dos números anteriores no alcanza al apartado 1, donde se recogen las normas relativas a la presentación, tramitación y votación de la moción de censura.

Esta deficiencia sólo puede colmarse de modo indirecto. En efecto, el apartado 2 se refiere a la limitación sobre el número de mociones de censura que puede firmar un miembro de la Corporación y en ese cómputo no se incluirán las no “tramitadas por no reunir los requisitos previstos en la letra b) del

LA MOCIÓN DE CENSURA EN MUNICIPIOS DE CONCEJO ABIERTO TENDRÁ UNA SERIE DE ESPECIALIDADES. ASÍ, LAS REFERENCIAS A LOS CONCEJALES Y AL PLENO SE ENTENDERÁN HECHAS A LOS ELECTORES Y A LA ASAMBLEA VECINAL, RESPECTIVAMENTE. ADEMÁS, SE EXIGIRÁ LA RESIDENCIA EN EL MUNICIPIO PARA PODER SER EL CANDIDATO A ALCALDE PROPUESTO EN LA MOCIÓN

(7) Se ha señalado que la nueva regulación refiere la mayoría requerida para la aprobación respecto a la proclamación del nuevo Alcalde, mientras la anterior lo hacía para provocar la destitución [cfr. LÓPEZ PELLICER, J.A., “La moción de censura y la cuestión de confianza en la Administración Local (reforma e innovación en la Ley Orgánica 8/99, de 21 de abril)”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 279, enero-abril 1999, pág. 131].

(8) El texto del actual apartado 3 del artículo 197 es consecuencia de la enmienda núm. 16, presentada por el G.P. Socialista, cuya aceptación propuso el Informe de la Ponencia y aceptó la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas del Congreso (cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 132-6, pág. 17 y núm. 132 a 8, págs. 24-5; Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, núm. 583. Sesión núm. 22 de la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas, 9 de diciembre de 1998, pág. 17.042).

apartado 1 de este artículo”. Ya se ha indicado anteriormente que ahí se incluye la necesidad de autenticación de las firmas y de la presentación de la moción ante el Secretario general de la Corporación, así como la obligación legal de éste de comprobar si la moción reúne todos los requisitos previstos en el artículo 197 LOREG. Es a través de esta operación interpretativa, como cabe entender aplicables todas las normas relativas a la moción de censura de este precepto, en el régimen de concejo abierto.

La importancia de esta interpretación se acrecienta si se repara en que de ella depende la determinación de la mayoría precisa para presentar y aprobar la moción de censura. En efecto, que se trate de la mayoría absoluta sólo se indica en el mencionado apartado 1 de este artículo 197 y su aceptación supone un agravamiento de la requerida para la elección de este Alcalde en el artículo 179.2 LOREG. A favor de cifrarla en la mayoría absoluta, opera el razonamiento que se acaba de efectuar, la efectiva agravación prevista por el legislador de la mayoría necesaria para la moción de censura y, sobre todo, la distinción que realiza el propio legislador entre este supuesto de moción de censura –y posible elección a lo largo del mandato por la Asamblea vecinal– y la elección originaria por el cuerpo electoral, como se expondrá al final de este epígrafe.

Los rasgos más sobresalientes de este régimen especial son que el gobierno y administración municipales corresponden a un Alcalde y a una Asamblea vecinal, de la que forman parte todos los electores, y que éstos eligen directamente al Alcalde por sistema mayoritario. Para proceder a esta elección, las Juntas Electorales Provinciales adoptarán las resoluciones precisas, por expresa remisión de la ley electoral. No se repetirán ahora los aspectos de la moción de censura comunes ya descritos en el epígrafe anterior, sino que se atenderá a las especialidades de la prevista para este régimen.

En primer lugar, se aplican las prescripciones relativas a la firma, presentación, votación y a la constitución de la Mesa de edad en el procedimiento típico de la moción de censura al Alcalde, entendiendo que las referencias hechas a los concejales se efectúan ahora “a los electores incluidos en el censo electoral del municipio, vigente en la fecha de presentación de la moción de censura”⁹. Este momento de la presentación es el momento del registro y ha de indicarse que el quórum de suscripción y aprobación está cifrado en la mayoría absoluta de los electores, con independencia de su residencia en el municipio. Igualmente, las referencias al Pleno, se corresponden ahora con la Asamblea vecinal.

En segundo lugar, se exige la residencia en el municipio para poder ser el candidato a Alcalde propuesto en la moción, pues la ley especifica esta cualidad: “cualquier elector residente en el municipio con derecho de sufragio pasivo”. Esta obligación de residencia puede no ser exigida al Alcalde que surge directamente del proceso electoral, debido a la falta de previsión del procedimiento, que queda a disposición de las Juntas Electorales Provinciales.

(9) Es preciso indicar que el censo electoral se actualiza mensualmente, según prevé el artículo 34.1 LOREG, y que esta actualización permite el cumplimiento de lo previsto en el apartado 2 de ese mismo precepto. Así, la elección que puede producirse con la moción de censura, se efectuará con la Asamblea vecinal integrada por quienes permita el censo electoral vigente en el momento de su convocatoria, esto es, el vigente en el momento del registro de la moción.

La normativa electoral prevé que cuando la moción se registre, se anunciará a los vecinos en la forma localmente usada para las convocatorias de la Asamblea vecinal. En este aspecto, puede surgir un problema en relación con la forma de anuncio a los electores no residentes en el municipio, integrantes de dicha Asamblea y que pueden participar en la votación de la moción, aunque no puedan ser el candidato en ella propuesto.

En la reunión de la Asamblea vecinal en que se debata y vote la moción de censura, sólo pueden intervenir el candidato a la Alcaldía propuesto en la moción y el Alcalde, sin que se prevea la posibilidad de intervención de los miembros que componen la citada Asamblea. Esta limitación del debate, si se retiene la predeterminación legal del mismo, se conecta con el carácter constructivo de la moción, al centrarlo en los sujetos con posibilidad de acceder o ser destituido del cargo de Alcalde a través de esta institución.

Finalmente, se establece que los cambios de Alcalde en estos municipios por causa de moción de censura no incidirán en la composición de las Diputaciones Provinciales. Esta prescripción sólo puede justificarse si se distingue este supuesto de elección a lo largo del mandato, propiciado por el carácter constructivo de la moción, con la elección directa por el cuerpo electoral con ocasión de la convocatoria electoral, otorgando, de este modo, una cierta preponderancia a esta última. Ocurre así porque en la convocatoria electoral el Alcalde es elegido directamente por el cuerpo electoral, mientras en la moción de censura aprobada lo es por la Asamblea vecinal, esto es, por el órgano de participación directa en el gobierno del municipio.

4. LA CUESTIÓN DE CONFIANZA EN LAS ENTIDADES LOCALES

La introducción de la cuestión de confianza en el régimen de gobierno local se configura como el aspecto más novedoso de la reforma y completa, en dicho régimen, la existencia de los dos procedimientos que, en el sistema constitucional, sirven para hacer efectiva la exigencia de responsabilidad política. Sin embargo, a diferencia de la moción de censura, la cuestión de confianza se ha introducido directamente por el legislador, sin ninguna experiencia previa, inducida por la práctica política o jurisprudencial. En ese sentido, su justificación se produce autónomamente y en relación con el propósito de mejorar la eficacia del gobierno local, por lo que, a diferencia de la regulación constitucional, se vincula a la aprobación de acuerdos concretos en materias consideradas de la máxima relevancia para el desarrollo local.

Lógicamente, esta opción potencia una determinada funcionalidad de las diversas que confluyen en la cuestión de confianza, tal y como se entiende en el marco de las relaciones Parlamento-Gobierno. Esto no impide, sin embargo, la presencia de otras, como el fortalecimiento de la posición del Presidente de la Corporación, a la que igualmente contribuye el distinto juego de las mayorías necesarias para otorgar la confianza¹⁰.

(10) Una comprensión adecuada de la cuestión de confianza precisa del carácter permanente de la relación de representación política y, en ese sentido debe verse GARCÍA ROCA, J., "El sistema de gobierno parlamentario en el País Vasco. Moción de censura individual y derecho a la disolución anticipada", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 46-7, julio-octubre 1985, págs. 212 a 4.

No obstante, es preciso remarcar que el sistema de gobierno local no es un régimen parlamentario y, por ello, las instituciones incorporadas a él y su valoración, no puede efectuarse del mismo modo que, en el ámbito normativo general, respecto a dicho régimen. Además, este juicio ha de ser en todo caso, matizado por la propia composición del órgano representativo y de la mayoría, relativa o cualificada, que sostenga al Presidente de la Corporación y a su equipo de gobierno. De este modo, dado el número de Corporaciones locales existentes en nuestro país y la multiplicidad de composiciones de las mismas, el juicio general no se corresponde, sin más, con la traslación de los esquemas generales, constitucionales o estatutarios, existentes en torno a este mecanismo.

Su regulación se realiza en el nuevo artículo 197 bis LOREG, aunque ha de tenerse en cuenta también la LRBRL, debido al modo de incorporación de esta institución en nuestro ordenamiento.

1. Los rasgos comunes de la cuestión de confianza en las entidades locales

La cuestión de confianza se vincula a la aprobación o modificación de materias concretadas en *numerus clausus* por el legislador orgánico. Dos de ellas son comunes a las que pueden plantear el Alcalde, el Presidente de la Diputación y el Presidente del Cabildo Insular: los presupuestos anuales y el reglamento orgánico de la respectiva Corporación.

El Alcalde también puede plantearla con relación a las ordenanzas fiscales y respecto de la aprobación que finaliza la tramitación de los instrumentos de planeamiento general de ámbito municipal. El Presidente del Cabildo puede hacerlo con relación a las dos materias ya indicadas y, además, respecto a la aprobación o modificación del plan insular de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal y a la aprobación que ponga fin a la tramitación insular de los planes de ordenación de ámbito insular, previstos en la legislación urbanística. Por último, la tercera materia sobre cuya aprobación o modificación cabe la cuestión de confianza propuesta por el Presidente de la Diputación Provincial, es el plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal.

Antes del planteamiento de la cuestión, se requiere que el acuerdo correspondiente haya sido debatido en el Pleno de la Corporación y no haya sido aprobado. Esto permite que el Presidente de la respectiva Corporación plantee una cuestión de confianza vinculada al acuerdo sobre ese asunto, lo que no se podrá efectuar en la misma sesión plenaria, al requerirse que conste expresamente en el correspondiente punto del orden del día.

Entre las limitaciones a la posibilidad de plantear cuestiones de confianza, se pueden indicar primero las de carácter temporal. Así, cada Alcalde no puede plantear más de una cuestión de confianza en cada año, contado desde el inicio de su mandato. Tampoco se puede proponer una cuestión de confianza en el último año del mandato de la Corporación, ni desde la presentación de una moción de censura hasta su votación.

Existe otra de carácter cuantitativo, ya que cada Presidente de Corporación sólo puede plantear dos cuestiones de confianza durante la totalidad de su mandato. Esto no significa que durante el mandato de una Corporación sólo puedan plantearse como máximo dos cuestiones de confianza, porque la limitación se reconduce al mandato del Presidente y no al de la Corporación. Por ello, si se produce una sustitución en ese cargo, el sustituto podría plantear también durante su mandato hasta dos cuestiones de confianza.

Finalmente, existe una limitación que recae sobre los miembros de la Corporación que votan a favor de la aprobación de un asunto que tiene vinculada una cuestión de confianza. Estos miembros, durante el plazo de seis meses desde la votación del acuerdo, no pueden emitir un voto contrario a ese asunto si es sometido a votación en los mismos términos, pues si lo emiten, será considerado nulo.

Respecto a la forma de votación de la cuestión de confianza, se establece que seguirá el sistema nominal de llamamiento público. Esta previsión resulta directamente necesaria para que pueda operar la limitación recogida en el último párrafo del apartado 8 del artículo 197 bis LOREG y que se trata posteriormente. Aquí cabe reseñar cómo esta forma de votación impuesta por el legislador, lo que no ocurre para la moción de censura, se aparta de las reglas de la LRBRL y del ROFRJEELL y se inspira en el artículo 85 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

El otorgamiento de la confianza y, por tanto, la aprobación del acuerdo, necesita el número de votos favorables previsto en la LRBRL para cada una de esas materias. Básicamente, se trata de la mayoría simple de los miembros presentes en la sesión para los presupuestos, el plan insular de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal y el plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal¹¹. En los demás casos, se trata de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, de acuerdo con el artículo 47.3 LRBRL. Puede observarse que esta regulación se separa del marco ofrecido por la cuestión de confianza en el artículo 112 de la Constitución, al combinar diversas mayorías, y su motivación radica en la vinculación a acuerdos sobre materias concretas, principal característica de la cuestión de confianza en las entidades locales.

LA INTRODUCCIÓN DE LA CUESTIÓN DE CONFIANZA EN EL RÉGIMEN DE GOBIERNO LOCAL ES UNO DE LOS ASPECTOS MÁS NOVEDOSOS DE LA REFORMA: SU PRESENTACIÓN ESTARÁ VINCULADA A LA APROBACIÓN O MODIFICACIÓN DE ACUERDOS EN MATERIAS CONCRETADAS EN *NUMERUS CLAUSUS* POR EL LEGISLADOR, REQUIRIÉNDOSE QUE EL ACUERDO HAYA SIDO RECHAZADO TRAS EL DEBATE EN EL PLENO Y, RESPECTO A LA VOTACIÓN, SE REGIRÁ POR EL SISTEMA NOMINAL DE LLAMAMIENTO PÚBLICO

(11) Se trata de acuerdos que no llevan aparejada la previsión de alguna mayoría cualificada por el artículo 47.2 y 3 LRBRL.

Además, debido a las reglas existentes en la LRBRL para la adopción de acuerdos, las abstenciones favorecen el otorgamiento de la confianza en los asuntos en que se requiere mayoría simple y la dificultan para los restantes. De esta manera, igualmente, se establece una similitud respecto a estos últimos con la aprobación de la moción de censura al Presidente de la Corporación.

Como supuesto especial, aparece configurada aquella cuestión de confianza vinculada a la aprobación o modificación de los presupuestos anuales de la respectiva Corporación. La singularidad consiste en que para producir el efecto jurídico del cese del Alcalde, se necesita la confluencia de la cuestión con una moción de censura. Esta regulación particular fue introducida en la tramitación parlamentaria de la reforma¹² y plantea problemas de interpretación, además de endurecer notablemente la producción del efecto jurídico del cese del Presidente de la Corporación. Además, para apreciar esta agravación debe recordarse que la aprobación de los presupuestos sólo requiere la mayoría simple de los miembros presentes de la Corporación según la LRBRL. La explicación de la compleja y exigente regulación se relaciona con esa misma mayoría y por constituir, *a priori*, el supuesto más habitual sobre el que plantear las cuestiones, optando por ello el legislador por esta agravación de los mecanismos de exigencia de responsabilidad. Esta última consideración remite a lo que ha sido una parte de la tendencia generalizada en el momento de formalizar dichos mecanismos, otorgando preponderancia a la protección de los gobiernos existentes.

En efecto, en este supuesto las previsiones de la ley juegan a favor del mantenimiento del Presidente y equipo de gobierno de la Corporación. Tras la no aprobación de los presupuestos, se puede plantear una cuestión de confianza vinculada a los mismos. Una votación contraria a la confianza, sólo produce el cese del Presidente de la Corporación, si se dan dos condiciones, que han de entenderse acumulativas: se requiere la presentación, “en el plazo de un mes” desde esa votación, de una moción de censura constructiva y que, además, ésta prospere. Lógicamente, los requisitos de la moción son los ya analizados del artículo 197 LOREG.

Esta previsión supone, por ello, que si no se presenta la moción en ese plazo, la ley entiende otorgada la confianza y aprobado el acuerdo. En segundo lugar, si se presenta la moción, se produce una convocatoria automática del Pleno y debe votarse: si se aprueba, se producirá el cese, pero éste será debido al carácter constructivo de la moción y no por pérdida de la votación de una cuestión de confianza. Obviamente, si no prospera la moción de censura, también se entiende otorgada la confianza y aprobado el acuerdo. De esta forma, aparecen interrelacionados estos dos instrumentos, favoreciendo la permanencia del Presidente de la Corporación, no sólo por la complejidad del procedimiento, sino también por la necesidad de proponer un candidato alternativo.

(12) En efecto, se incorporó como enmienda transaccional durante los debates de la Comisión correspondiente del Congreso y fue aprobada en ese trámite parlamentario (cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, núm. 583. Sesión núm. 22 de la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas, 9 de diciembre de 1998, págs. 17.025-6 y 17.042).

En los demás supuestos de cuestión de confianza, esto es, vinculada a acuerdos distintos a la aprobación o modificación de los presupuestos anuales, no alcanzar el número de votos precisos para la aprobación de esos acuerdos, produce el cese automático del Presidente de la Corporación, quien entra en funciones hasta la toma de posesión de su sucesor. Esto significa que la sesión puede continuar con el orden del día previsto.

La votación que produce la pérdida de confianza y el cese, se configura como el momento a partir del cual, nuevamente por ministerio de la ley, se produce la convocatoria automática de la sesión plenaria, en que haya de elegirse al nuevo Presidente de la Corporación. Dicha convocatoria se produce “para las doce horas del décimo día hábil siguiente al de la votación del acuerdo al que se vincula la cuestión de confianza”. Con esta previsión de la convocatoria automática, similar a la de la moción de censura, se refuerza el carácter propio que tiene la citada sesión, de nuevo al margen de las categorías usuales de la LRBRL. Además, al convocarse *ope legis*, como la sesión constitutiva de la Corporación en la que al inicio de cada mandato se elige o proclama al Presidente de la Corporación, se establece una conexión política y jurídica entre estas sesiones.

Así, la ruptura del vínculo fiduciario entre el Presidente y el Pleno de la Corporación a causa del voto de éste, con la exigencia de responsabilidad que lleva consigo, realza el carácter político, más concretamente de crisis política, de dicha ruptura y justifica una intervención de la ley, que pretende resolverla de modo rápido, sin dar ocasión al ejercicio de la competencia de convocar las sesiones que, ordinariamente, corresponde al Presidente de la Corporación. Esto pone de relieve cómo en los supuestos de ruptura de la relación de confianza y exigencia de responsabilidad, cuestión y moción de censura, la convocatoria de la sesión que debe resolver la situación de gobernabilidad se efectúa por ministerio de la ley.

2. Las particularidades derivadas de la pérdida de la cuestión de confianza

La sesión en que debe elegirse al nuevo Presidente de la Corporación se rige por las reglas previstas en el artículo 196 LOREG, aunque las especialidades establecidas para la elección del Alcalde subsiguiente a la pérdida de la cuestión de confianza en función del número de habitantes del municipio, se proyectan también en el caso del Presidente del Cabildo Insular canario y del Presidente de la Diputación Provincial. En efecto, se distingue entre los municipios de más de 250 habitantes y los que tienen entre 100 y 250, aplicándose el procedimiento previsto para los primeros, también en los Cabildos y en las Diputaciones Provinciales. De todas formas, es pertinente analizar por separado el procedimiento en cada una de estas Corporaciones y relacionarlo con la forma de elección del Presidente de cada una de ellas.

La distinción efectuada por el legislador aparece justificada expresamente por la existencia de dos procedimientos de elección del Alcalde previstos en el propio artículo 196 LOREG, en atención al número de habitantes de los municipios.

Además, debe señalarse que la sesión estará presidida por quien perdió la confianza, no sólo porque está en funciones hasta la toma de posesión de su sucesor, sino también por-

que la remisión se hace al artículo 196 solamente, no siendo posible, por tanto, la presidencia de la sesión por una Mesa de edad, al no encontrarse dicha posibilidad ni en el artículo 196, ni en el artículo 197 bis LOREG.

A) La elección del Alcalde tras el cese producido por pérdida de una cuestión de confianza, en los municipios con población superior a 250 habitantes

El procedimiento de elección ordinaria del Alcalde en los municipios de más de 250 habitantes, prevé la posibilidad de ser candidatos para todos los Concejales que encabezen sus correspondientes listas. Se considera aquí elección ordinaria la que lleva consigo la aplicación de las prescripciones del artículo 196 LOREG, esto es, la que se produce al inicio del mandato de cada Corporación y la que tiene lugar en los casos de vacante en la Alcaldía del artículo 198 de la Ley electoral, que remite a ese mismo procedimiento con la única particularidad de considerar que encabeza la lista en que figuraba el Alcalde, el siguiente de la misma, salvo que renuncie a la candidatura.

Si el Alcalde ha cesado tras perder la cuestión de confianza, queda excluido de dicha condición de cabeza de lista, ocupando su lugar “a efectos de la elección”, el segundo de la misma. Es preciso retener que esta sustitución ocurre, como expresamente menciona la letra a) del nuevo artículo 197 bis.4, tanto para la presentación de candidaturas a la Alcaldía, como para la designación automática prevista en la ley, si ninguno de los candidatos obtiene el respaldo de la mayoría absoluta del número legal de Concejales.

En primer lugar, cabe resaltar que el artículo 197 bis ha modificado la mayoría requerida para ser elegido Alcalde en este supuesto de elección tras pérdida de la cuestión de confianza, respecto a la necesaria para la elección ordinaria. En este supuesto se precisa que se trata de la mayoría absoluta del número legal de Concejales, especificación no contenida en el artículo 196 LOREG.

En segundo lugar, no se ha previsto que el segundo de la lista a la que pertenece el Alcalde y que ahora ocupa la cabecera de la misma, pueda renunciar a la candidatura. Dicha posibilidad sí se regula para los casos de vacante del artículo 198 LOREG y podría producir si no quiere ser candidato, que esa lista careciera de cabeza para la presentación de candidaturas. Esta exclusión, sin embargo, puede considerarse excesiva desde la perspectiva del estatuto fundamental de los cargos públicos representativos, permitiendo la aplicación analógica en este aspecto del citado artículo 198.

En tercer lugar, la exclusión del Alcalde cesado por pérdida de la cuestión de confianza, de la condición de cabeza de lista se produce, como ya se ha indicado, “a efectos de la elección”. La interpretación sistemática de esta expresión permite considerar que dicha elección sea la que tiene lugar tras la pérdida de la confianza, lo que supondría que ese Alcalde seguiría siendo cabeza de lista a los efectos de una posterior vacante en la Alcaldía en el marco del artículo 198 LOREG, que regula los supuestos distintos a los previstos en los artículos 197 y 197 bis.

Finalmente, la redacción literal del supuesto que se está analizando, también admite interpretar que la sustitución en la condición de cabeza de lista, no alcance para el tercer modo de designación de Alcalde, previsto en el artículo 196. Ese supuesto se producirá cuando no se obtiene la mayoría absoluta prevista en el artículo 197 bis. y haya dos o más listas que obtuvieron el mismo número de votos populares en el municipio. En ese caso, se efectúa un sorteo entre los cabezas de esas listas para resolver ese empate. Dada la redacción literal del artículo 197 bis. 4.a), lo indicado respecto al significado de la cláusula “a los efectos de la elección” y las precisiones introducidas respecto a las reglas contenidas en el artículo 196, es posible sostener que el Alcalde cesado sería quien entrara en el sorteo.

B) La elección del Alcalde tras el cese producido por pérdida de una cuestión de confianza, en los municipios con población comprendida entre 100 y 250 habitantes

En cuanto a los municipios que tienen entre 100 y 250 habitantes, el procedimiento ordinario de elección de Alcalde permite que todos los Concejales, que son cinco, puedan ser candidatos. Será elegido el que obtenga la mayoría absoluta de los votos de los Concejales y, si nadie la consigue, será proclamado el Concejál que hubiera obtenido más votos populares en las elecciones, pues en este supuesto las listas son abiertas, como indica el artículo 184 LOREG.

Si el Alcalde ha perdido la votación de la cuestión de confianza, no puede ser candidato a la Alcaldía en el primer procedimiento previsto para la elección. Todos los demás Concejales sí podrán, siendo elegido Alcalde quien obtenga el respaldo de la mayoría absoluta del número legal de Concejales. Aquí se vuelve a introducir la especificación sobre el número legal, no incorporada al artículo 196 LOREG y que supone una agravación de las condiciones para acceder al cargo de Alcalde en todos los supuestos de elección motivada por la exigencia de responsabilidad política.

Si ninguno obtiene esa mayoría, será proclamado Alcalde el Concejál que hubiera obtenido más votos populares en las elecciones de Concejales, excluido el Alcalde cesante.

EN CASO DE PÉRDIDA DE LA CUESTIÓN DE CONFIANZA EL PROCEDIMIENTO PARA LA ELECCIÓN DEL NUEVO ALCALDE SERÁ DISTINTO EN FUNCIÓN DEL NÚMERO DE HABITANTES DEL MUNICIPIO. EN LOS DE MÁS DE 250 HABITANTES PODRÁN SER CANDIDATOS TODOS LOS CONCEJALES CABEZAS DE LISTA, EXCLUYÉNDOSE EL ALCALDE CESADO. EN LOS MUNICIPIOS ENTRE 100 Y 250 HABITANTES SE PERMITIRÁ QUE SEAN CANDIDATOS TODOS LOS CONCEJALES, EXCLUIDO EL ALCALDE CESADO

C) La elección del Presidente del Cabildo Insular canario tras el cese producido por pérdida de una cuestión de confianza

La elección ordinaria del Presidente del Cabildo Insular canario está conectada con el proceso electoral de modo directo, pues será proclamado para dicho cargo el candidato primero de la lista más votada en cada circunscripción insular, de acuerdo con lo indicado en el artículo 201.5 LOREG.

Cuando plantea una cuestión de confianza y se le deniega ésta, señala la ley que el nuevo Presidente será elegido según el sistema previsto —en estos casos de pérdida de confianza— para los Alcaldes de municipios de más de 250 habitantes. Puede observarse, así, que el procedimiento para sustituir al Presidente del Cabildo que pierde la confianza, supone un apartamiento explícito del proceso electoral al que está vinculado dicho cargo público representativo. De hecho, la ruptura del vínculo fiduciario supone una situación de tal envergadura en el entendimiento del legislador orgánico, que prevé para solucionarla —en un primer momento— una elección de segundo grado entre y por los Consejeros que integran el citado órgano¹³. Aquí radica la especial consideración de crisis política de estos supuestos.

Producido el cese, en la sesión plenaria convocada automáticamente en los términos ya indicados, se efectuará el acuerdo de proclamación de candidatos, pudiendo serlo los Consejeros que encabezan sus correspondientes listas, siendo el cabeza de la lista a la que pertenecía el Presidente cesado, el segundo de la misma. Resultará elegido el cabeza de lista que obtenga el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de Consejeros, número establecido por aplicación de las reglas del artículo 201.1 LOREG.

Si ningún candidato obtiene esa mayoría, será proclamado Presidente automáticamente el que encabece la lista más votada en las elecciones. Esto supone que lo será quien sustituye al Presidente que perdió la confianza, pues éste accedió al cargo precisamente por encabezar la lista votada. Sólo en este segundo supuesto, se sigue el modo de designación ordinario del Presidente del Cabildo, pues en el primero —como se ha indicado— se produce una elección de segundo grado, no existente en dicho procedimiento ordinario.

D) La elección del Presidente de la Diputación Provincial tras el cese producido por pérdida de una cuestión de confianza

El Presidente de la Diputación Provincial es elegido en la sesión constitutiva de dicho órgano por los Diputados Provinciales entre ellos mismos, necesitando, para acceder al cargo, la mayoría absoluta en primera votación, mientras es suficiente la mayoría simple en segunda votación¹⁴.

(13) Esta previsión es muestra también de la relevancia otorgada, en el vigente régimen electoral, a los partidos políticos, tema analizado por A. RODRÍGUEZ, en “El Estado de Partidos y algunas cuestiones de Derecho Electoral”, *Revista de Derecho Político*, núm. 31, 1990, págs. 89 a 122.

(14) A su vez, los Diputados Provinciales son elegidos por los Concejales de las diferentes formaciones políticas que hayan obtenido puestos de Diputados en los distintos partidos judiciales de cada provincia. Esa elección se realiza entre las listas de candidatos que se presentan para los puestos correspondientes a cada una de esas formaciones (cfr. artículos 205 y 206 LOREG).

Si el Presidente de una Diputación Provincial ve denegada la confianza que ha solicitado, la elección del sucesor se realizará también de acuerdo con el sistema previsto en el artículo 197 bis LOREG para los Alcaldes de municipios de más de 250 habitantes. Esta prescripción plantea el problema de determinar quién puede ser candidato al cargo de Presidente en la sesión automáticamente convocada, porque en el proceso ordinario de elección de miembros de las Diputaciones Provinciales, no existen listas que hayan concurrido al proceso electoral. Para abordar este supuesto habrá de acudir a una interpretación sistemática de la ley electoral.

La letra a) del artículo 197 bis.4 LOREG excluye, en todo caso, al Presidente cesado, al menos a los efectos de la elección, para la presentación de candidaturas y para la designación automática, en caso de no alcanzarse la mayoría prevista. Dicha mayoría es la absoluta del número legal de miembros de la Diputación Provincial, más agravada, por tanto, que la requerida para la elección según el procedimiento ordinario. Al prever la ley, la presentación de candidaturas, cada formación política integrante de la Corporación podrá proponer para el cargo de Presidente a cualquiera de sus miembros, excluido únicamente el Presidente cesado. Si alguno de los candidatos obtiene la mayoría requerida, resultará elegido Presidente de la Diputación Provincial.

Si ninguno la alcanza, no es posible efectuar una designación automática, pues no concurren listas en la provincia y la determinación de la más votada en ese ámbito con el vigente sistema electoral, requeriría, al menos, una habilitación a la Junta Electoral Provincial para efectuar dicha proclamación. Por tanto, como modo de resolver la cuestión, puede aplicarse la segunda previsión del procedimiento ordinario: la elección correspondería al Pleno de la Diputación Provincial, entre los candidatos proclamados, siendo suficiente para ser Presidente obtener el respaldo de la mayoría simple del número de miembros de la Corporación. Teniendo en cuenta, que el legislador ha agravado los requisitos en los supuestos de exigencia de responsabilidad política, dicha mayoría simple también lo sería del número legal de miembros de la Diputación Provincial.

5. CONCLUSIONES

En cuanto a la moción de censura, se enmarca la reforma alrededor de dos ejes, que son garantizar el debate, votación y participación en ella y, en segundo lugar, el reforzamiento de la naturaleza política de esta institución. Relacionados con el primer objetivo, se pueden realzar ahora las previsiones sobre la convocatoria automática de la sesión y la regulación, también positiva, de la conducta del Presidente de la Corporación cuando se plantea una moción de censura. Esta concreta regulación no se reduce, por la relevancia penal que conlleva, a un mero voluntarismo legal.

En relación con el segundo objetivo indicado, se refuerza la efectiva actualización del control y exigencia de la responsabilidad política que supone la moción de censura. A ella se ordenan aspectos como la predeterminación legal del momento de celebración y del contenido de la sesión; la dirección de la misma; la regulación de las intervenciones

del candidato propuesto, del Presidente de la Corporación frente al que se plantea la moción y de los portavoces de los diferentes grupos políticos y, por último, la prohibición de aplicar a esta sesión las causas de abstención y recusación.

En cuanto a la moción de censura en los municipios regidos por el sistema de concejo abierto, es acertada su introducción expresa, ahora en el ámbito de la legislación electoral de carácter general. Igualmente, son apropiadas tanto la cualificación de residencia en el municipio para ser candidato, como la precisión relativa al censo electoral vigente en el momento de presentación de la moción de censura, para determinar los miembros integrantes de la Asamblea vecinal. Aunque estos dos rasgos suponen una diferenciación con el Alcalde elegido directamente en la convocatoria electoral, son coherentes, como se ha indicado en su momento, con otras consecuencias insertas en este tipo de moción de censura.

Respecto a la cuestión de confianza ha de indicarse que debiera haberse efectuado una regulación completa y autónoma, teniendo en cuenta las diferentes instituciones en las que puede aplicarse y el sistema electoral diverso a través del cual se proveen las mismas. Es discutible, por ello, la combinación de elementos y requisitos producida entre la moción de censura y la cuestión de confianza, porque contribuye a dificultar la actualización del control y de la exigencia de responsabilidad, al margen de los problemas de interpretación que ocasiona. De modo particular, es posible estimar la incidencia excesiva producida en el estatuto fundamental del cargo público representativo, por las prescripciones relativas al voto favorable a un acuerdo al que se vincula una cuestión de confianza.

La principal característica de esta cuestión de confianza es su vinculación a la aprobación de un acuerdo sobre materias expresamente predeterminadas por el legislador y que, por tanto, no se dejan ni a la discrecionalidad del Presidente de la Corporación, ni a la de la propia oposición. Esta caracterización presenta semejanzas con el proceso de racionalización de los instrumentos de exigencia de la responsabilidad política.

Sin embargo, es muy relevante que la presentación de la cuestión de confianza precise, como requisito inexcusable, que el acuerdo correspondiente haya sido debatido por el Pleno de la Corporación y no haya sido aprobado. Este rasgo debe valorarse junto a la previsión de que deberá tratarse, si se plantea, en otra sesión plenaria, en la que figure expresamente en su orden del día —y, por tanto, con su consiguiente debate y votación—. Así, se relativiza la preponderancia del órgano de gobierno, habitual en este tipo de cuestiones de confianza, y fortalece al órgano representativo deliberante. Este doble efecto sucede porque se asegura la producción del efectivo debate y votación, y se fortalece, o al menos no se hace desaparecer, el proceso democrático de formación de la voluntad del órgano representativo. Por ello, la recepción de este mecanismo, aún careciendo casi en absoluto de un referente práctico o normativo similar en nuestro ordenamiento global, presenta coherencia con la finalidad atribuida por el legislador. Incluso en esa línea, se mueven las limitaciones, temporales y cuantitativas, que afectan al Presidente de la Corporación para plantear estas cuestiones.

Otra consecuencia de este tipo de cuestión de confianza, es la dificultad que ofrece, al conectarse con un acuerdo concreto en materias señaladas expresamente por la ley, a su conexión con el programa general de gobierno para el mandato de la Corporación. Éste fue objeto del proceso electoral y pudo conformarse al inicio del mandato de la Corporación mediante un acuerdo entre diferentes fuerzas políticas, aunque no es objeto propio de debate en la sesión constitutiva de la Corporación. Su relación con esta cuestión de confianza se produce en mayor término con relación a los presupuestos anuales, en cuanto instrumentación política y económica de dicho programa de gobierno. En ese sentido, una modificación sustancial del mismo articulada en los presupuestos rechazados, proporcionaría un contexto apropiado para plantear la cuestión de confianza y confrontar, en alguna medida, dicha variación con el mencionado programa de gobierno.

Sin embargo, no ha de olvidarse que esta cuestión vinculada a los presupuestos, ha sido objeto de una regulación especial y necesita, en caso de ser denegada la confianza, la presentación y aprobación de una moción de censura. Esto supone, en último término, el desplazamiento del debate desde el programa de gobierno de la mayoría al propuesto por la oposición, dado el carácter constructivo de la moción de censura.

Es cierto que la cuestión de confianza incorporada también puede suponer una exigencia de la responsabilidad política y producir la ruptura del vínculo fiduciario entre el Pleno de la respectiva Corporación y su Presidente. En atención a esa posibilidad, la regulación comparte el rasgo general de endurecimiento de las condiciones para hacerla efectiva, existente también en la normación sobre la moción de censura. Ejemplos claros de esta línea, son, por un lado, la cuestión de confianza vinculada a los presupuestos y, por otro, las previsiones sobre el modo de elección del nuevo Presidente de la Corporación.

Es indudable que, en esta cuestión de confianza, se han querido reforzar algunos de los aspectos que el legislador orgánico considera esenciales a toda actualización de la exigencia de responsabilidad política. Por ello, se prevén la convocatoria *ope legis* de la sesión en que debe elegirse al sustituto del Presidente cesado por pérdida de la confianza, con la consiguiente disminución de la inestabilidad en el gobierno de la Corporación, así como la agravación de las mayorías requeridas para efectuar esa elección.

Igualmente, el juego de las distintas mayorías necesarias para otorgar la confianza, introduce una variable a la hora de calificar de forma unívoca este instrumento, ya sea a favor del predominio del órgano de gobierno o del órgano representativo de la Corporación.

Entidades supramunicipales y Comunidades Autónomas

TEODOSIO GONZÁLEZ DEL TESO

Profesor Asociado de Derecho
Administrativo
Universidad de Valladolid

Sumario:

I. Introducción. II. Las entidades supramunicipales en la Constitución. A) La estructura local. B) La autonomía local. C) El principio de descentralización. **III. Las entidades supramunicipales en los Estatutos de Autonomía. IV. Las entidades supramunicipales en la Ley 7/1985, de 2 de abril.** A) La comarca. B) Las mancomunidades. C) Áreas Metropolitanas. **V. Conclusión: mantenimiento del “status quo”.**

I. INTRODUCCIÓN

La comprensión del alcance que para la estructura local tiene la Constitución de 1978, requiere tener presente que, al tiempo de promulgarse ésta, aquella presentaba como característica más notable una acusada uniformidad, cuyas raíces se hunden en los inicios del régimen constitucional. La estructura local data, en efecto, de la Constitución de Cádiz de 1812, donde se gesta su nacimiento tomando como modelo un patrón —el francés— alumbrado en el país vecino bajo el impulso del movimiento revolucionario de 1789. De forma metafórica y, quizás, un tanto exagerada, puede afirmarse que el municipio y la provincia españoles vinieron de París¹.

La variedad de circunscripciones territoriales y agentes de autoridad propia del antiguo régimen es sustituida por un orden territorial nuevo general y uniforme para todo el país basado en el municipio y la provincia. En cuanto al primero, bajo la rúbrica “Del Gobierno interior de las provincias y de los pueblos”, el artículo 310 de la Constitución

(1) Vid. POSADA, A., *Evolución legislativa del Régimen Local en España, 1812-1909*, IEAL, Madrid, 1982, págs. 102 a 113; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. y ARGULLOL MURGADAS, E., “Aproximación histórica (1812-1931)”, *Descentralización administrativa y organización política*, dir. S. Martín-Retortillo, Alfaguara, Madrid, 1973, págs. 43 a 62; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Problemas actuales de Régimen local. La provincia en el régimen local español*, 2ª ed., Ins. García Óviedo, Sevilla, 1986; CALERO AMOR, A. Mª., *La división provincial de 1833: bases y antecedentes*, IEAL, Madrid, 1987.

gaditana disponía: “Se pondrá Ayuntamiento en los pueblos que no le tengan y en que convenga le haya, no pudiendo dejar de haberle en los que por sí o con su comarca lleguen a mil almas, y también se les señalará término correspondiente”. Por lo que se refiere a la segunda, el artículo 11 del referido texto encomienda a una ley constitucional el establecimiento de una ordenación territorial nueva, “una división más conveniente del territorio español (...) luego que las circunstancias políticas de la Nación lo permitan”.

El desarrollo del proceso de reforma así iniciado, tras superar sucesivas interrupciones absolutistas, culmina con la división del territorio en 49 provincias, mediante Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, obra de Javier de Burgos a la sazón Ministro de Fomento². Conviene recordar, no obstante, que la provincia de 1833 no es una entidad local, sino una mera circunscripción territorial del Estado, una simple división territorial para la acción administrativa estatal, al frente de la cual se sitúa al Subdelegado de Fomento con las funciones que hasta entonces tenía el Jefe superior y que más tarde heredará el Gobernador Civil. Sólo a partir de la Ley Provincial de 20 de agosto de 1870 puede afirmarse que la provincia es, además de división territorial del Estado, una Entidad local.

La evolución contemporánea del régimen local español presenta unos perfiles descritos con magistral exactitud por el profesor MORELL OCAÑA, que sumaria y parcialmente me limito a reproducir. En la trayectoria del régimen local se pueden distinguir dos situaciones. En la primera, que deriva de la Constitución gaditana, Ayuntamientos y Diputaciones constituyen agentes subalternos del Poder Ejecutivo, unos y otras son concebidos, en realidad, como órganos del Estado situados en la periferia que realizan tareas de interés general mediante delegación del propio Poder Ejecutivo y bajo su dependencia. En la segunda, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, los municipios y las provincias desempeñan funciones polivalentes: por una parte, realización de intereses generales propios del Estado, en cuyo caso aparecen integrados en el Poder Ejecutivo y, por otra, realización de sus intereses peculiares, supuesto en el que aparecen como Corporaciones dotadas de personalidad jurídica propia, pero bajo la tutela y el control de los órganos centrales del Estado, al no disponer éstos de la formal superioridad jerárquica con que cuentan para dirigir las primeras funciones³.

Dado que de la semilla sembrada por los liberales en el campo constitucional de 1812 habían nacido multitud de municipios con reducidas dimensiones, incapaces de cumplir con los cometidos que se les asignaban, la provincia, como entidad local supramunicipal, se ofrecía, por su ámbito territorial más extenso, como instancia idónea para prestar determinados servicios y poner fin a la permanente crisis del régimen local. Tal posibilidad resultó, sin embargo, frustrada una y otra vez.

(2) En el Decreto de Javier de Burgos, que vino precedido del Decreto LIX, de 27 de enero de 1822, sobre división provisional del territorio español, se deja constancia de “los prolijos trabajos hechos antes de ahora por varias comisiones y personas sobre tan importante materia”.

(3) La exposición de MORELL OCAÑA se encuentra en “Las Entidades locales, elementos integrantes de la organización territorial del Estado y de las Comunidades Autónomas”, REDA, núm. 55, 1987, págs. 325 a 326.

Si la historia del constitucionalismo español se caracteriza por un movimiento pendular, siempre acompañado y a veces originado por reformas del régimen local, lo cierto es que los elementos básicos de éste, desde sus inicios, permanecen hasta la promulgación de la Constitución de 1978⁴. Importa resaltar, por tanto, en lo que ahora interesa, que en los momentos inmediatamente anteriores a la Constitución, el régimen local presenta una estructura obsoleta, a pesar de los intentos, siempre tímidos, por renovarla. El uniformismo municipal había permitido la existencia de municipios carentes de la mínima dimensión y capacidad para atender los asuntos propios de su responsabilidad, sin que la fórmula de las fusiones y agregaciones de municipios y otras técnicas, como las mancomunidades o agrupaciones para prestar servicios mínimos, diera resultados apreciables.

II. LAS ENTIDADES SUPRAMUNICIPALES EN LA CONSTITUCIÓN

A) La estructura local

La estructura local que heredan los constituyentes de 1978, se administra en la Carta Magna del modo siguiente. Se garantiza la existencia como institución o Entidad local del municipio y la provincia, al tiempo que se proclama la autonomía para la gestión de sus respectivos intereses (también las Islas en los archipiélagos balear y canario), aunque a la segunda también se le atribuye el carácter de división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado y se exige ley orgánica para alterar sus límites.

Ahora bien, en la Constitución, el sistema de entes locales no se agota en los municipios y las provincias, habida cuenta de que su artículo 141.3 posibilita la creación de “agrupaciones de municipios diferentes de la provincia” y en el artículo 152.3, de modo más revelador, dispone que “Mediante la agrupación de municipios limítrofes, los Estatutos podrán establecer circunscripciones territoriales propias, que gozarán de plena personalidad jurídica”. Aunque una interpretación sistemática de este último precepto pudiera llevar a entender que sólo puede ser utilizado por las Comunidades que hayan accedido a la autonomía por la vía del artículo 151, el criterio hermenéutico seguido tanto por la doctrina como por los

**LA ESTRUCTURA LOCAL
PREVIA A LA CONSTITUCIÓN,
CON SUS RAÍCES HUNDIDAS
EN LOS INICIOS DEL
RÉGIMEN CONSTITUCIONAL,
PRESENTABA UNA
ESTRUCTURA OBSOLETA,
CON UN ACUSADO
UNIFORMISMO, QUE
IMPEDÍA A LOS MUNICIPIOS
ATENDER LOS ASUNTOS DE
SU RESPONSABILIDAD CON
LA MÍNIMA AUTONOMÍA Y
CAPACIDAD**

(4) MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1982, pág. 43.

Estatutos de autonomía y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, acepta que se refiere a todas las Comunidades Autónomas.

La unión de estas previsiones con la competencia autonómica para alterar los términos municipales (art. 148.1.2ª CE), ha permitido sostener, en fin, que las Comunidades Autónomas disponen de capacidad para configurar en su territorio una estructura local propia y diferenciada⁵. No puede olvidarse, sin embargo, que esta capacidad autonómica para configurar la planta de la Administración Local es más aparente que real, pues, desde el momento en que la propia Constitución consagra una entidad supramunicipal, como es la provincia, y exige ley orgánica para alterar sus límites, la hace indisponible para el legislador autonómico⁶.

Aunque no han faltado críticas a los términos en que se ha constitucionalizado la provincia, calificados por algún autor de “error de perspectiva histórica y una fuente de conflictos jurídicos y disfuncionalidades administrativas”⁷, el Tribunal Constitucional, a propósito de la impugnación de la Ley catalana 6/1980, sobre transferencia urgente y plena de las Diputaciones catalanas a la Generalidad, después de admitir que la aparición de nuevas entidades territoriales, al abrigo del artículo 141.3 CE, ha de tener una profunda repercusión sobre el ámbito competencial de las hasta ahora existentes, declara: “Estos procesos de cambio que la propia Constitución impone o posibilita y que manifiestamente han de conducir a una estructura diferenciada, no pueden llevar, sin embargo, a menos que la Constitución sea modificada, a una desaparición de la provincia como entidad local dotada de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses” (STC de 28 de julio de 1981, FJ 3º).

Este pronunciamiento, también contestado en el plano doctrinal⁸, revela de modo inequívoco la falta de capacidad de las Comunidades Autónomas para alterar los límites provinciales, que el artículo 25 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), ratifica de modo definitivo.

B) La autonomía local

Pero si tiene importancia la consagración constitucional del municipio y la provincia, igual o mayor la tiene el reconocimiento, también constitucional, de su autonomía, que

(5) SÁNCHEZ MORÓN, M., “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Administración Local”, *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, dir. Santiago Muñoz Machado, Civitas, Madrid, 1988, pág. 139.

(6) La imposición de ley orgánica para alterar los límites provinciales se ha justificado en que la provincia, además de entidad local, es circunscripción electoral para elección de Diputados y Senadores (arts. 68.1 y 2 y 69 CE) y circunscripción territorial a partir de la cual se constituyen las Comunidades Autónomas, materias todas para las que el artículo 81.1 CE exige ley orgánica. PRATS I CATALÁ, J. considera esta exigencia constitucional mal ubicada, desde el punto de vista sistemático, “ya que el artículo 141.1 viene referido al ente local provincial, cuando lo que la ley orgánica protege es la provincia circunscripción electoral y territorio constituyente de la Comunidad Autónoma”. Vid., “La comarca”, *Tratado de Derecho Municipal*..., cit., pág. 817.

(7) SÁNCHEZ MORÓN, M., “Las Comunidades Autónomas y la estructura de la Administración local”, *RAP*, núm. 100-102, 1983, pág. 2.094.

(8) PRATS I CATALÁ, J. “La comarca ...”, cit., págs. 818 a 819 y MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público* ..., cit., vol. II, págs. 215 a 216.

según el artículo 137 CE lo es “para la gestión de sus intereses respectivos”. El alcance de esta autonomía ha sido perfilado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, en la que expresa que, ante todo, “hace referencia a un poder limitado”. La autonomía –se ha dicho– es un poder u ordenamiento derivado en tanto en cuanto no participa de la soberanía originaria que corresponde al pueblo español en su conjunto⁹. Sin embargo, al contrario de lo que ocurre con las Comunidades Autónomas, las Entidades locales no disponen de un ámbito competencial definido constitucionalmente. Este ámbito, como resulta conocido, queda diferido a la legislación ordinaria. “Es la Ley, en definitiva, –indica la referida sentencia– la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de Entes, de acuerdo con la Constitución”.

En la Constitución, a las Entidades locales sólo se les reconoce autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, que deviene así en un concepto jurídico indeterminado. “Como tantos otros conceptos de la misma naturaleza –dice el Tribunal Constitucional en las Sentencias de 2 de febrero y 16 de noviembre de 1981– el de los intereses respectivos cumple sobre todo la función de orientar al legislador para dotar a estas Entidades territoriales de los poderes o competencias que requiere su gestión”. En fin, la autonomía local –ha dicho en otro momento el Tribunal Constitucional– ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañan, graduándose la intensidad de esa participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias (STC de 28 de julio de 1981).

Como quiera que la especificación del ámbito material de competencias de las Entidades locales se remite al legislador ordinario y, dado que, por definición, la garantía institucional de la autonomía local no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de la institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar, el legislador ordinario es libre o, al menos, goza de amplia libertad para determinar las competencias sin más límites que “el reducto indispensable o núcleo esencial de la institución” (STC de 28 de julio de 1981).

El legislador que debe fijar las competencias de las Entidades locales consagradas constitucionalmente será el legislador sectorial, estatal o autonómico, que resulte competente, sin perjuicio de que el primero pueda establecer –ya lo tiene establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL)– las normas básicas, los principios generales acerca del protagonismo competencial que hayan de tener aquéllas, dado que, según el Tribunal Constitucional, de la garantía institucional de la autonomía local, que consagran los artículos 137 y siguientes de la Constitución, debe deducirse que las Corporaciones locales, como titulares de su derecho a la autonomía constitucionalmente garantizada, “no pueden ser dejadas, en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno, a la interpretación que cada Comunidad Autónoma pueda hacer de ese derecho, tanto más cuanto que el mismo no va acompañado, como en otros ordenamientos sucede, de un derecho de

(9) PAREJO ALFONSO, L., “La autonomía local”, REALA, núm. 229, 1986, pág. 44.

carácter reaccional que, eventualmente, les abra una vía ante la jurisdicción constitucional frente a normas con rango de ley” (STC de 28 de julio de 1981)¹⁰.

En el momento actual, las Entidades locales cuya autonomía se encuentra garantizada constitucionalmente, sí disponen de ese derecho reaccional que menciona la citada sentencia. La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional realizada por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, legitima a estas entidades para plantear ante el Tribunal Constitucional lo que la Ley denomina “conflicto en defensa de la autonomía local”.

C) El principio de descentralización

El marco constitucional se cierra, para nuestro propósito, con el artículo 103.1 de la Carta Magna, donde se consagra, entre otros, el principio de descentralización, cuya aplicación a todas las Administraciones Públicas ha sido declarada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 85/1983, de 22 de febrero.

Es cierto que la Constitución no prejuzga la organización institucional de las Comunidades Autónomas y, por tanto, éstas pueden servirse, para el ejercicio de sus competencias, de las Entidades locales existentes o que creen en su territorio o pueden montar un aparato administrativo periférico; pero no cabe duda de que el principio de descentralización, unido al de autonomía y participación política, postula la utilización de la primera de las alternativas, como en los inicios del proceso autonómico lo señaló el Informe de la Comisión de Expertos, lo demandaron todos cuantos autores se ocuparon del asunto y lo contemplaba el propio Derecho positivo (Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso autonómico).

Si todos los poderes públicos —y las Comunidades Autónomas lo son— están obligados a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política (artículo 9.2 CE), participación que el artículo 23.1 de la Norma Suprema reconoce como derecho fundamental, y si las Entidades locales son las instancias donde la representación política es más cercana a la sociedad, puede concluirse sin dificultades que las Comunidades Autónomas, para hacer efectivos estos postulados y al propio tiempo dar contenido al principio (derecho) de autonomía, deben llevar a cabo una operación descentralizadora de sus competencias en beneficio de las instancias locales.

El principio de descentralización no se agota, por tanto, con la transferencia de competencias desde el Estado a las Comunidades Autónomas; también opera o debe operar una redistribución de competencias entre las Comunidades Autónomas y los entes locales existentes en su territorio, siempre, claro está, que el principio de eficacia no sufra quebranto y sin perjuicio de la ineludible coordinación¹¹.

(10) La contradicción que parece existir con la funcionalidad de la garantía institucional de la autonomía local al atribuir al legislador básico su caracterización, ha sido puesta de relieve por ESTEVE PARDO, J., “Garantía institucional y/o función constitucional en las Bases del Régimen local”, REDC, núm. 31, 1991, pág. 136.

(11) Para una visión general del principio de descentralización en relación con la Administración, vid., por todos, *Descentralización y Administración Local*, coord. J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1992 y DA, núm. 214 (monográfico), *Administración y Constitución: los principios de descentralización y desconcentración*, 1988.

III. LAS ENTIDADES SUPRAMUNICIPALES EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

A pesar de que la constitucionalización de la provincia, cuyos términos se acaban de examinar, obstaculiza seriamente la creación de un nivel intermedio de Administración Local¹², como es la comarca¹³, ningún Estatuto ha querido omitirla.

Si se prescinde, dada su singularidad, del País Vasco y de las Comunidades insulares, puede advertirse que la práctica totalidad de los Estatutos de Autonomía aluden de forma expresa o implícita a la comarca como el gran descubrimiento de la época, y, en menor medida, a las Áreas Metropolitanas u otras agrupaciones de carácter funcional con fines específicos. Incluso hay referencias a entidades supracomarcales, como es el caso de la Comunidad Valenciana (art. 46.3) y Extremadura, hasta la reforma del Estatuto llevada a cabo por la Ley Orgánica 12/1999, de 6 de mayo, pues, con ésta ha desaparecido de su texto la posibilidad de crear ese tipo de entidades.

A tenor de los Estatutos, ha de estructurarse necesariamente en comarcas el territorio de las siguientes Comunidades Autónomas: Cataluña (art. 5.1), Asturias (art. 6.1), Murcia (art. 3.1) y Comunidad Valenciana (art. 46.1). El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de La Rioja, en su redacción primitiva, también contemplaba de modo imperativo la estructuración territorial en comarcas, pero después de su reforma por la Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, la comarca ha pasado a ser un elemento territorial facultativo.

Sólo en los Estatutos de las Comunidades Autónomas de Andalucía (art. 5) y Castilla-La Mancha [art. 29.2. a)], se exige que el territorio de las comarcas que se creen pertenezca a la misma provincia. En los restantes, que no contienen dicha exigencia, resulta posible, por tanto, la existencia de comarcas cuyo territorio pertenezca a más de una provincia. Dos Estatutos, también, en este caso los de Galicia (art. 40.1) y Cantabria (art. 2.3), contienen como idéntica cautela, que “la comarca no supondrá, necesariamente, la supresión de los municipios que la integren”, lo que, *sensu contrario*, da a entender que la creación de la comarca puede llevar aparejada la supresión de los municipios.

(12) Ésta es la opinión de SÁNCHEZ MORÓN, para quien “cinco niveles distintos —e inevitablemente solapados o en conflicto en ocasiones— de gobierno y administración son demasiados niveles”, (“La distribución de competencias (...)”, cit., pág. 139).

(13) Para un análisis general de la comarca, véase PRATS I CATALÁ, J., “La comarca ...”, cit., págs. 791 y ss. y la bibliografía que allí se cita.

PARTIENDO DE QUE LOS PODERES PÚBLICOS ESTÁN OBLIGADOS A FACILITAR LA PARTICIPACIÓN DE TODOS LOS CIUDADANOS EN LA VIDA POLÍTICA, Y PUESTO QUE LOS ENTES LOCALES SON LAS INSTANCIAS DONDE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA ES MÁS CERCANA A LA SOCIEDAD, LAS CCAA DEBEN IR DESCENTRALIZANDO SUS COMPETENCIAS EN BENEFICIO DE LAS INSTANCIAS LOCALES, DANDO ASÍ CONTENIDO AL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

La doble naturaleza con que puede ser contemplada la comarca, como demarcación territorial para el ejercicio de competencias o prestación de servicios de la Comunidad Autónoma y como Entidad local para la realización de intereses supramunicipales, únicamente aparece recogida de forma expresa en el Estatuto valenciano: “Las comarcas son circunscripciones administrativas de la Generalidad y Entidades locales determinadas por la agrupación de municipios para la prestación de servicios y gestión de asuntos comunes” (art. 46.2). Los demás Estatutos, incluido el catalán, permiten utilizar las comarcas aisladamente, como meras circunscripciones autonómicas para prestación de servicios comunitarios, como Entes supramunicipales para prestar servicios de este carácter o como ambas cosas a la vez. Caso particular ha sido el de la Comunidad de Castilla y León, en la que su Estatuto permitía “reconocer comarcas, mediante la agrupación de municipios limítrofes, (...) para la gestión en común de sus servicios o la colaboración en el ejercicio de sus competencias” (art. 19.3). Decimos que permitía, porque después de la reforma operada por la Ley Orgánica 4/1999, de 8 de enero, ha desaparecido la limitada configuración funcional de la comarca, ahora contemplada en el artículo 25.3 de su texto¹⁴.

IV. LAS ENTIDADES SUPRAMUNICIPALES EN LA LEY 7/1985, DE 2 DE ABRIL

De acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.18ª de la Constitución y con el apoyo que le ofrece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC de 28 de julio de 1981, 23 de diciembre de 1982 y 5 de agosto de 1983), el legislador estatal ha fijado mediante la LBRL el común denominador normativo de la Administración Local.

Este régimen básico se asienta, en cuanto a estructura local se refiere, sobre la distinción entre aquellas entidades locales de existencia obligatoria y aquellas otras cuya existencia es sólo facultativa. A las primeras —el Municipio, la Provincia y la Isla en los archipiélagos balear y canario— se las califica de territoriales, mientras que a las segundas —Entidades de ámbito territorial inferior al municipal, Comarcas, Áreas Metropolitanas y Mancomunidades de municipios— se las denomina simplemente entidades locales (art. 3). Del régimen básico de los tres tipos de entidades supramunicipales que contempla la Ley, contenido en los artículos 43, 44, 45 de su texto, el que más polémica ha suscitado es el relativo a la comarca.

A) La comarca

La amplia libertad con que, de modo general, puede llegar a ser configurada la comarca, según los Estatutos, contrasta con la limitada perspectiva que le atribuye o parece atribuirle la LBRL, al concebirla como “agrupación de varios municipios, cuyas características determinen intereses comunes precisados de una gestión propia o demanden la prestación de servicios de dicho ámbito”. Según PRATS I CATALÁ, del artículo 42 de la Ley

(14) Un análisis general de la comarca en relación con la Comunidad de Castilla y León puede verse en SÁNCHEZ BLANCO, A., “La comarca en Castilla y León: problemática jurídico-institucional”, REALA, núm. 225, 1986.

“se desprende la idea de una comarca fruto de la voluntad asociativa municipal y vocada, ante todo, a remediar la incapacidad de los municipios agrupados a los que se renuncia a reestructurar territorialmente”¹⁵.

El marcado carácter municipal con que la LBRL concibe a la comarca se pone de relieve en la iniciativa para crearla, en la composición de sus órganos de gobierno y en su ámbito funcional o competencial. Desde el primero de los puntos de vista citados, el protagonismo de los municipios es notable, pues “la iniciativa para la creación de una Comarca podrá partir de los municipios interesados”, sin que, en cualquier caso, pueda ser creada “cuando se opongan expresamente las dos quintas partes de los municipios que debieran agruparse en ella, siempre que, en este caso, tales municipios representen, al menos, la mitad del censo electoral del territorio correspondiente”¹⁶.

La comarca no es, por tanto, una instancia a la entera disponibilidad de la Comunidad Autónoma. Por mucha que sea la determinación de una Comunidad Autónoma para estructurar su territorio en comarcas, esa voluntad puede ser frustrada por los dos quintos de los municipios cuya agrupación comarcal se pretenda, siempre que, obviamente, representen la mayoría del censo electoral de todo el territorio de la proyectada comarca. Consciente el legislador básico de esta limitación y de sus consecuencias para la Comunidad de Cataluña, donde su Estatuto prevé la existencia de una organización comarcal general para todo el territorio, hubo de introducir una disposición adicional en la Ley (cuarta) para obviar la eventual oposición municipal y garantizar al Parlamento catalán la decisión final sobre la comarcalización.

En el momento presente son tres las Comunidades que tienen regulada la iniciativa comarcalizadora de su territorio: Cataluña, mediante la Ley 6/1987, de 4 de abril, de Organización comarcal¹⁷; Asturias, a través de la Ley 3/1986, de 15 de mayo, por la que regula el procedimiento de creación de comarcas en el Principado de Asturias; y, finalmente, Aragón, por la Ley 10/1993, de 4 de noviembre, de Comarcalización de Aragón y Ley 8/1996, de 2 de diciembre, de delimitación comarcal de Aragón. En Castilla y León, la creación de la Comarca del Bierzo mediante la Ley 1/1991, de 14 de marzo, se llevó a cabo con el exclusivo andamiaje estatutario: mediante resolución del Presidente de la Junta de Castilla y León fue sometido a informe de las Corporaciones municipales afectadas un Anteproyecto de Ley con todas las determinaciones exigidas por la Ley básica y, evacuado favorablemente, el Gobierno regional lo aprobó como Proyecto de Ley para su tramitación parlamentaria.

En cuanto al aspecto organizativo de la comarca, también se hace notar el peso de los municipios agrupados en ella. El artículo 42.3 de la LBRL dispone en este sentido que

(15) PRATS I CATALÁ, J., “La comarca...”, cit. pág. 838. De la misma opinión BAYONA I ROCAMORA, A., “Descentralización y desconcentración en las leyes de organización territorial de Cataluña”, DA, núm. 214, 1988, pág. 143.

(16) En la Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre (FJ 13º) el Tribunal Constitucional encuentra legítima esta limitación, frente a los argumentos del Parlamento y la Junta de Galicia, en la medida que para el Estatuto gallego la comarca no se configura como una entidad necesariamente integrante de la organización territorial de la Comunidad Autónoma, a diferencia de lo que ocurre en una Comunidad como la de Cataluña.

(17) Un análisis de esta Ley y de la organización territorial de Cataluña puede verse en BAYONA I ROCAMORA, A., “Descentralización...” y FERRET I JACAS, J., “Las organizaciones supramunicipales en España: las comarcas”, REALA, núm. 254, 1992.

“las Leyes de las Comunidades Autónomas determinarán (...) la composición y el funcionamiento de sus órganos de gobierno, que serán representativos de los Ayuntamientos que agrupen”¹⁸. Pese a las dificultades interpretativas que pueda entrañar la exigencia de que los órganos de gobierno de la comarca sean representativos de los Ayuntamientos, lo que parece claro es que la Ley ha querido vetar la posibilidad de elecciones directas comarcales. Descartada esta hipótesis, la representatividad de los órganos de gobierno, que lo habrá de ser de los Ayuntamientos agrupados, permite opciones diversas al legislador autonómico y su decantación por una u otra dependerá de la concepción y funciones que se atribuya a la comarca, pudiendo, en consecuencia, establecerse una fórmula representativa análoga a la que tienen las Diputaciones Provinciales o quedarse en lo que es el Consejo de una mancomunidad de municipios.

Finalmente, es en el ámbito funcional y competencial con el que la Ley básica concibe la comarca, donde más notoria resulta su vocación municipal. Los “intereses comunes” que determinan la creación de la comarca u otras entidades, no son, según el artículo 42.1 de la Ley, intereses generales o comunitarios, sino intereses de los municipios agrupados en ellas, es decir, intereses municipales. La consecuencia lógica que se deduce de esta concepción es que el acervo competencial de las comarcas se ha de nutrir con competencias municipales. El legislador básico parece haber tomado conciencia del elevado grado de atomización municipal que existe en el país¹⁹, especialmente intenso en algunos territorios²⁰, y, por tanto, de la radical dificultad, o aún imposibilidad, de que en la inmensa mayoría de los municipios pueda llevarse a cabo una auténtica administración pública de sus respectivos intereses, en las condiciones de economía y eficacia que demandan de consuno la Constitución vigente, el sentido común y la igualdad básica y solidaria que debe aplicarse a las modernas condiciones de la vida económica, social y cultural de toda la población²¹. Y, probablemente, es esa convicción la que le ha llevado a configurar la comarca como una instancia (municipio-comarca) llamada a la gestión de asuntos (intereses) municipales. Prueba inequívoca de ello es la reserva contenida en la Ley en los siguientes términos: “La creación de comarcas no podrá suponer la pérdida por los municipios de la competencia para prestar los servicios enumerados en el artículo 26, ni privar a los mismos de toda intervención en cada una de las materias enumeradas en el apartado 2 del artículo 25”.

(18) Una crítica a la exigencia de ley formal para llevar a cabo la comarcalización puede encontrarse en “La Redacción de El Consultor de los Ayuntamientos”, *Nuevo Régimen Local*, Abella, Madrid, 1985, pág. 326.

(19) Según los datos facilitados por la Dirección General para la Administración Local (MAP) en las “Jornadas sobre Problemática Municipal y Pacto Local en España”, celebradas en Valladolid en octubre de 1999, de los 8.101 municipios existentes, el 85 por ciento (6.954) cuenta con menos de 5.000 habitantes, el 60 por ciento (4.905) no supera el umbral de 1.000 habitantes, el 30 por ciento (2.443) no supera los 250 habitantes y 851 (10 por ciento) no alcanzan la cifra de 100 habitantes.

(20) En Castilla y León, según datos de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial, de los 2.247 municipios existentes en la Comunidad, sólo 48 (2 por ciento) cuentan con una población superior a 5.000 habitantes; 1.657 municipios (73,7 por ciento) no superan los 500 habitantes; la mitad (1.138, un 50,6 por ciento) no rebasa la cifra de 250 habitantes y, finalmente, 419 (18,6 por ciento) no alcanzan la modesta cifra de 100 habitantes. Por tanto, de los 851 municipios menores de 100 habitantes existentes en España, la mitad se encuentra localizados en Castilla y León.

(21) CALONGE VELÁZQUEZ, A., GARCÍA DE COCA, J.A. y GONZÁLEZ DEL TESO, T., *Autonomías y municipios*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1995, pág. 109.

Esta regla, que representa una garantía de la autonomía local²² supone, implícitamente, que las competencias municipales han de verse afectadas por la aparición de la comarca, pero, al mismo tiempo, impide a ésta cumplir los fines para los que parece que está llamada, lo que no deja de ser un tanto paradójico.

En cualquier caso, tanto la Ley 6/1987, de 4 de abril, de organización comarcal de Cataluña (arts. 25 a 39) como la Ley 10/1993, de 4 de noviembre, de Comarcalización de Aragón (arts. 8 a 12), contemplan las comarcas, desde el punto de vista competencial, con una vocación municipal y autonómica al mismo tiempo, aunque esta última lo hace de modo diferente. Mientras en la ley catalana el otorgamiento de competencias a las comarcas por la legislación sectorial en una serie de materias tiene carácter imperativo, en la ley de Aragón no se vincula a la legislación sectorial para llevar a cabo esa atribución de competencias. En este último supuesto se encuentra también la Comarca del Bierzo en Castilla y León. En Galicia, de acuerdo con la Ley 7/1996, de 10 de julio, de desarrollo comarcal, la comarca no es más que el ámbito de actuación de los planes de desarrollo comarcal (art. 4.1).

Habida cuenta de que las comarcas han de desempeñar un papel análogo al que tienen asignado las Diputaciones Provinciales y en el mismo espacio, y que las Diputaciones Provinciales no pueden ser vaciadas de sus competencias, la operación de redistribución de competencias que la comarcalización conlleva no puede realizarse hasta sus últimas consecuencias. Por esta razón y porque la organización territorial de Cataluña descansa en municipios y comarcas, es por lo que en Cataluña se ha dictado la Ley 5/1987, de 4 de abril, sobre Régimen provisional de las competencias de las Diputaciones Provinciales; “mientras —dice su art. 1— no se produzcan las condiciones legales que hagan posible que el gobierno y la administración de las provincias se integren en la Generalidad, con la consiguiente desaparición de la división de Cataluña en provincias”, la integración en una sola provincia, denominada Cataluña, de las actuales provincias catalanas es un objetivo, para cuya consecución, la disposición adicional primera de la Ley 5/1987 ha obligado al Gobierno de la Generalidad a presentar en el Parlamento de Cataluña una propuesta para ejercer una de las dos vías de iniciativa establecidas por el artículo 87.2 de la Constitución.

(22) En la Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, el Tribunal Constitucional tiene declarado que “la creación de comarcas podrá repercutir en las competencias de los municipios agrupados en las mismas, pero tal hecho no puede, en ningún caso, desembocar en una abolición, por desamparamiento total, de la autonomía municipal constitucionalmente garantizada” [FJ 13º.c)].

LA COMARCA, COMO ENTIDAD SUPRAMUNICIPAL, SE CARACTERIZA POR SU MARCADO CARÁCTER MUNICIPAL, COMO PONE DE MANIFIESTO EL HECHO DE QUE LA VOLUNTAD DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ESTRUCTURAR SU TERRITORIO EN COMARCAS SE PUEDE VER FRUSTRADA POR LOS 2/5 DE LOS MUNICIPIOS INTERESADOS

Se quiere llamar la atención, por último, acerca de la posible inconstitucionalidad de una previsión recogida tanto en la Ley 10/1993, de Comarcalización de Aragón como en la Ley 1/1991, de 14 de marzo, por la que se crea y regula la Comarca del Bierzo. El artículo 9.2 de la primera y el artículo 9.1 de la segunda disponen que las provincias, y la Diputación Provincial de León, respectivamente, podrán transferir o delegar en las comarcas la titularidad o el ejercicio de competencias en las siguientes materias: a) Gestión del Plan provincial de Obras y Servicios dentro del ámbito comarcal y b) Asistencia y cooperación técnica, jurídica y económica a los municipios.

La forma en que la LBRL resuelve el tema de las competencias de las entidades locales no se limita a la formulación de un mandato dirigido al legislador sectorial —desde la especial posición ordinamental y autoridad específica que la Ley tiene— para que éste les atribuya las competencias que procedan, de acuerdo con los criterios que fija en su artículo 2, sino que establece un mínimo de competencias para municipios y provincias, siendo las de estas últimas, las relacionadas en el artículo 36.1. Por otra parte, en el diseño que la LBRL hace de las competencias locales, que pueden ser propias o atribuidas por delegación, las primeras sólo pueden ser determinadas por Ley (art. 7).

Por ello, partiendo de que la transferencia de competencias supone un traslado de su titularidad, o, lo que es lo mismo, es una forma de atribuir competencias propias, las Diputaciones Provinciales nunca podrán atribuir competencias propias a las comarcas, dado que, como es obvio, no pueden aprobar o dictar una ley. Dicho de otro modo, las competencias que como propias tienen o pueden tener las Diputaciones Provinciales, lo serán por habérselas atribuido la legislación sectorial, estatal o autonómica, o la propia LBRL (arts. 2.1 y 36.1) y, siendo esto así, quizás fuese admisible que la ley sectorial autonómica atribuidora de competencias propias a las Diputaciones Provinciales, posibilitara, a su vez, su atribución por éstas a otras Entidades locales. Sin embargo, lo que no resulta posible, en modo alguno, es que, competencias propias atribuidas a las Diputaciones Provinciales por una ley sectorial estatal o por la misma ley básica en materia de régimen local, puedan éstas atribuir las a otras Entidades locales sobre la base de una autorización otorgada por una ley autonómica. En suma, lo atribuido como propio a las Diputaciones Provinciales por una ley estatal es indisponible por una ley autonómica.

Si resulta que los municipios, cuya agrupación constituye la comarca, no pueden ser desapoderados de la competencia que ostentan para prestar los servicios enumerados en el artículo 26 de la LBRL (artículo 42.4), con igual o mayor razón no pueden ser desapoderadas las Diputaciones Provinciales de las competencias que les otorga el artículo 36.1 de la Ley básica.

B) Las mancomunidades

Las mancomunidades, en palabras del profesor MARTÍN MATEO, son asociaciones de municipios para la realización de finalidades de su competencia, que, por sus caracterís-

ticas, exigen la cooperación de varios Ayuntamientos al objeto de salvar las aisladas limitaciones de cada uno de ellos para la realización de una obra o la prestación de un servicio conjuntamente en varios términos municipales. Se trata, por tanto, de una fórmula organizativa supramunicipal mediante la cual se pretenden superar los problemas derivados del inframunicipalismo. Ésta es la finalidad con que se recogió, por vez primera, en la Ley municipal de 20 de agosto de 1870 y éste es el sentido con el que la concibe el ordenamiento local vigente, sin perjuicio de que su denominación y configuración actuales daten del Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924²³.

La reforma que la Ley básica realiza en el régimen local no ha introducido modificaciones sustanciales en los perfiles que las mancomunidades tuvieron hasta su promulgación en 1985; destacadamente, se mantiene el carácter voluntario de su constitución por parte de los municipios, únicas entidades a las que ahora se permite formar parte de aquéllas. En lo que sí se aparta la ley actual del régimen precedente, es en el procedimiento para constituir las y aprobar sus Estatutos, cuya resolución definitiva queda confiada a los propios municipios. El artículo 44.3 de la Ley, en efecto, encomienda a la legislación de las Comunidades Autónomas determinar el procedimiento de aprobación de los Estatutos de las mancomunidades, pero, al propio tiempo, impone límites a esa regulación autonómica, al expresar que deberá respetar, en todo caso, una serie de reglas entre las cuales se encuentra la aprobación de los Estatutos por los Plenos de todos los Ayuntamientos²⁴.

El artículo 44 de la LBRL, tantas veces citada, después de señalar que las mancomunidades se rigen por sus Estatutos, añade como contenido mínimo de éstos: el ámbito territorial de la entidad, su objeto y competencia, órganos de gobierno y recursos, plazo de duración y cuantos otros extremos sean necesarios para su funcionamiento.

En cuanto al ámbito territorial, esto es, los municipios que comprende la mancomunidad, el artículo 31.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales recoge la tradición de que no es necesario que los municipios mancomunados pertenezcan a la misma provincia, ni que exista entre ellos continuidad territorial, salvo que ésta sea requerida por la naturaleza de los fines. La duda, no aclarada por el Derecho positivo, sobre si también resulta posible la integración de municipios pertenecientes a distintas Comunidades, ha sido resuelta por la STS de 2 de noviembre de 1995 (Ar. 8445), en sentido negativo, en atención al diferente régimen procedimental de integración que puede tener aprobado cada Comunidad Autónoma.

Por lo que se refiere a los fines de la mancomunidad, se ha de poner de relieve que, si el artículo 36.2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales permite que la adhesión posterior de un municipio a una mancomunidad pree-

(23) Una visión histórica del régimen de las mancomunidades puede verse en QUINTANA LÓPEZ, T., "Las mancomunidades en nuestro Derecho local: Evolución histórica", *REALA*, núm. 248, 1990, págs. 713 a 731. Un amplio análisis del sistema vigente se contiene en la obra de MARTÍN MATEO, R., *Entes locales complejos*, Trivium, Madrid, 1987, págs. 40 a 89 y también en SOSA WAGNER, F., "Mancomunidades y otras formas asociativas", *Tratado de Derecho* (...), cit., págs. 1.041 a 1.053.

(24) En la STC 214/1989, de 21 de diciembre, el Tribunal Constitucional declara que, aunque la aprobación de los Estatutos de las mancomunidades municipales por los órganos autonómicos, resulta posible constitucionalmente, también es igualmente viable, desde el punto de vista constitucional, la fórmula por la que opta la LBRL [FJ 14º.a)].

xistente, pueda realizarse a una, varias o todas las finalidades de la mancomunidad, siempre que las obras y servicios sean independientes entre sí, atendiendo a sus aspectos técnicos y financieros, de igual modo habrá de entenderse posible esa parcial asociación en el momento constitutivo de la mancomunidad. En cualquier caso, las mancomunidades no podrán asumir la totalidad de las competencias asignadas a los respectivos municipios (art. 35.2 del Texto Refundido).

Para los órganos de gobierno, la LBRL se limita a exigir que sean representativos de los Ayuntamientos interesados. Siendo igual, por tanto, esta exigencia a la que la Ley formula para los órganos de las comarcas, idéntica debe ser su interpretación, lo que, de alguna manera ha venido a confirmar el Tribunal Supremo en Sentencias de 9 de septiembre de 1988 (Ar. 7039) y 5 de diciembre de 1988 (Ar. 8317)²⁵.

Debe, asimismo, tenerse presente que, si la adhesión de nuevos miembros a una mancomunidad preexistente necesita informe favorable del órgano de gobierno de ésta, la ulterior separación de cualquiera de los municipios, en cambio, en cuanto se configura como un derecho, no puede ser impedida. Sí son admisibles, no obstante, ciertas restricciones, como por ejemplo y de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado, la permanencia en la mancomunidad durante un razonable período de tiempo.

Conviene resaltar, por último, que aun cuando los Estatutos pueden dar acogida a cuantas previsiones estimen necesarias para el funcionamiento de la mancomunidad, estas previsiones nunca podrán ir en contra de normas básicas o de superior rango normativo. No es infrecuente ver Estatutos de mancomunidades en los que se exige un quórum reforzado para la adopción de acuerdos sobre asuntos no incluidos en el artículo 47 de la Ley básica, cuando ello, según se deduce de la STC 33/1993, de 1 de febrero, no resulta posible.

El régimen jurídico autonómico de las mancomunidades se limita a disciplinar el procedimiento de constitución de las mancomunidades, su modificación y disolución, así como la adhesión y separación de municipios de una mancomunidad constituida, sin contener, por tanto, reglas dignas de mención²⁶. Las Leyes de Régimen Local de Castilla y León y de Aragón hacen referencia, sin embargo, a las que denominan mancomunidades de interés comunitario y de interés comarcal, respectivamente. En el caso de Castilla y León, la Ley se refiere a estas mancomunidades como aquéllas cuyo ámbito territorial concuerde sustancialmente con espacios de ordenación territorial para la

(25) Declara en estas sentencias el Tribunal Supremo que los representantes de las mancomunidades no tienen el reconocimiento constitucional inmediato que, por el contrario, sí tienen los representantes en los municipios.

(26) En el momento actual, el régimen autonómico de las mancomunidades aparece recogido en las siguientes disposiciones legales: Andalucía: Ley 7/1993, de 27 de julio, reguladora de la Demarcación Municipal de Andalucía (arts. 23 a 32); Aragón: Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (arts. 77 a 86); Castilla-La Mancha: Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha (arts. 39 a 46); Cataluña: Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña (arts. 113 a 117); Galicia: Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia (arts. 135 a 148); Murcia: Ley 7/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia (arts. 63 a 66); Navarra: Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Régimen Local (arts. 47 a 53); Rioja: Ley 3/1993, de 22 de septiembre, de Régimen Local de La Rioja (arts. 59 a 74) y Castilla y León: Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León (arts. 29 a 41).

prestación de servicios estatales, autonómicos o provinciales, pero para ser declaradas como tales, exige que los órganos de gobierno de la mancomunidad reproduzcan en su composición los resultados electorales obtenidos en el conjunto de los municipios mancomunados y cumplan los restantes requisitos que se establezcan reglamentariamente. Los efectos que se anudan a la declaración de interés comunitario de una mancomunidad se concretan en tener una línea específica y preferente de financiación y poder solicitar, previo acuerdo de los Ayuntamientos que las integren, su institucionalización como comarcas.

En Aragón, una mancomunidad sólo podrá ser calificada de interés comarcal cuando lo justifiquen la importancia de los fines mancomunados, la capacidad de gestión y la adecuación de su ámbito territorial a la delimitación comarcal aprobada. Los efectos que conlleva la referida calificación se concretan en el derecho de formalizar convenios con la Diputación General de Aragón, de duración plurianual o indefinida, que garanticen la percepción estable de aportaciones para el funcionamiento y mantenimiento de los servicios mancomunados así como la posibilidad de asumir competencias.

C) Áreas Metropolitanas

La expresión Área Metropolitana se ha acuñado para identificar el conjunto formado por el casco urbano de una gran ciudad y su área suburbana, que alcanza poblaciones más o menos próximas afectadas por la influencia de aquélla. Al margen de cuál pueda ser la población del área para que pueda ser calificada de metropolitana, lo característico de ésta es que la gran ciudad se encuentra en acusado proceso de expansión que absorbe los extrarradios y alcanza, incluso, a los núcleos de municipios colindantes, provocando, al propio tiempo, su crecimiento.

Podría decirse que el fenómeno metropolitano produce una metástasis, caracterizada por unas intensas y diarias relaciones entre los habitantes del área, que genera agudos problemas en ámbitos diversos como el tráfico, el abastecimiento de aguas y su saneamiento, la eliminación de residuos, contaminación atmosférica y, en general, todos los equipamientos colectivos y servicios públicos, para la resolución de los cuales es claramente insuficiente la gestión aislada de los municipios integrados en el área. Éste es, pues, el estado de cosas que motiva

EN CUANTO AL ÁMBITO TERRITORIAL DE LAS MANCOMUNIDADES, ANTE LA DUDA NO RESUELTA POR EL DERECHO POSITIVO DE SI ES POSIBLE LA INTEGRACIÓN DE MUNICIPIOS PERTENECIENTES A DISTINTAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS, EL SUPREMO HA RESPONDIDO NEGATIVAMENTE EN ATENCIÓN AL DIFERENTE RÉGIMEN PROCEDIMENTAL DE INTEGRACIÓN QUE CADA COMUNIDAD PUEDE TENER APROBADO

la necesidad de crear una organización común para la planificación y gestión coordinada de determinadas obras y servicios²⁷.

La posibilidad de crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia, recogida, como ya nos consta, en el artículo 141.3 de la Constitución, ha sido aprovechada también por algunos Estatutos de Autonomía para contemplar de modo expreso la facultad autonómica de crear Áreas Metropolitanas o agrupaciones basadas en hechos urbanísticos y otros de carácter funcional con fines específicos. Tal es el caso de los Estatutos de Cataluña (art. 5.2), Galicia (art. 40. 2), Asturias (art. 6.3), Cantabria (art. 36.2), Murcia (art. 3.4), Comunidad Valenciana (art. 46.3) y Castilla-La Mancha [art. 29.2.b)]. La LBRL, por su parte, en coherencia con el precepto constitucional citado, atribuye a las Comunidades Autónomas la facultad de crear, modificar y suprimir, mediante Ley, Áreas Metropolitanas, de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivos Estatutos (art. 43.1).

La controversia doctrinal acerca de si las Áreas Metropolitanas tienen o no el carácter de Entidades territoriales, parece haberse resuelto en sentido negativo por la LBRL, habida cuenta de que su finalidad específica es “la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras” (art. 43.2)²⁸.

A diferencia de lo que ocurre con las comarcas, la LBRL no contempla la iniciativa municipal para crear Áreas Metropolitanas, que queda, por tanto, atribuida a la Comunidad Autónoma. Ahora bien, el artículo 4.1 exige que tanto la creación como la modificación y extinción de Áreas Metropolitanas, vayan precedidas de la audiencia previa de la Administración del Estado y de los Ayuntamientos y Diputaciones afectados, lo que no deja de ser una consecuencia lógica, dado que dichos actos inciden en competencias estatales, provinciales y municipales.

En el aspecto organizativo, la LBRL establece que todos los municipios integrados en el Área Metropolitana deberán estar representados en sus órganos de gobierno y administración, y que su régimen de funcionamiento ha de garantizar la participación también de todos los municipios en la toma de decisiones (artículo 43.3). Este último requisito ha originado la duda de si la participación de todos se alcanza por la vía de informe, audiencia o propuesta, o exige, en cambio, una participación en la votación de todas las decisiones. El profesor MARTÍN MATEO entiende que este requerimiento debe ser apreciado por la Ley que cree la Entidad, que habrá de precisar qué asuntos se entienden como propiamente decisorios²⁹. A nuestro modo de ver, la Ley no permite distinguir entre unas u otras decisiones y, por tanto, la participación de todos los municipios tiene que darse, necesariamente, en todas las decisiones, sin perjuicio de que pueda estable-

(27) Vid. La Redacción de El Consultor de los Ayuntamientos, Nuevo Régimen..., cit., págs. 330 a 335; MARTÍN MATEO, R. “Las Áreas Metropolitanas”, *Tratado de Derecho...*, cit. págs. 855 a 864; y MARTÍN PÉREZ, Pedro A., “Asociaciones de municipios y Áreas Metropolitanas”, *Actualidad Administrativa*, núm. 29, 1996.

(28) MARTÍN MATEO, R., “Las Áreas...”, cit., pág. 856.

(29) *Ibidem*, pág. 859.

cerse, eso sí, una ponderación objetiva en el voto, en función, por ejemplo, de la población de cada uno de los municipios.

V. CONCLUSIÓN: MANTENIMIENTO DEL “STATUS QUO”

La conclusión que parece deducirse, después del transcurso de veinte años constitucionales, es que las cosas no han cambiado apenas. Contracorriente, se sigue dando la espalda a los procesos de reordenación territorial que gran parte de los Estados europeos han llevado a cabo en los últimos años. Persiste la fragmentación municipal y se pretenden crear —cabe la duda de si realmente— entidades supramunicipales distintas de la provincia, de la que, sin embargo, se prescinde por las Comunidades Autónomas, que han preferido montar, sin excepción, un aparato administrativo periférico.

La profundización del proceso descentralizador, la simplificación de la acción coordinadora y la propia eficacia y acción y racionalidad de la acción pública demandan corregir situaciones clamorosamente ficticias, que, lejos de favorecer una mayor participación ciudadana, están causando perjuicios notables a nuestro progreso y, muy especialmente, a los ciudadanos que las padecen directamente.

Los recursos administrativos en la Administración Local

CONCEPCIÓN HORGUÉ BAENA

Profesora Titular de Derecho
Administrativo
Universidad de Sevilla

Sumario:

I. La regulación de la vía administrativa de recurso en la Administración Local tras la Ley 30/1992. Las recientes reformas legislativas en la materia. II. Concepto y clases de recursos en la Administración Local. III. Los recursos administrativos comunes.

1. Actos impugnables y fin de la vía administrativa. 2. El recurso de alzada. 3. El recurso potestativo de reposición. 4. El recurso extraordinario de revisión. **IV. La especialidad de la vía de recurso en materia de Haciendas Locales.** 1. El nuevo artículo 108 de la Ley de Bases de Régimen Local: los ingresos de Derecho público como criterio material para la aplicación de la vía especial de recurso. 2. El recurso especial de reposición del artículo 14 de la Ley de Haciendas Locales. A) Objeto y naturaleza. B) Interposición y tramitación del recurso. C) Resolución y notificación. **V. Valoración de conjunto.**

I. LA REGULACIÓN DE LA VÍA ADMINISTRATIVA DE RECURSO EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL TRAS LA LEY 30/1992. LAS RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS EN LA MATERIA

No es preciso resaltar la trascendencia en nuestro ordenamiento de la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC). Por de pronto, plasmó normativamente la exigencia constitucional de dotar de cierta unidad jurídica al sistema de Administraciones públicas que, cifrado en las bases del régimen jurídico y el procedimiento común, permitiesen asegurar una igualdad en las condiciones jurídicas básicas

de todos los ciudadanos en sus relaciones con las diferentes Administraciones públicas. De esta forma, se ahondaba en la línea de superar la diversidad de régimen jurídico que para la Administración Local había presidido en otras épocas nuestro Derecho, al menos en el común denominador representado por las bases de dicho régimen y el procedimiento común que la LPC venía a establecer. Pero en este cometido el legislador no fue consciente o no tuvo en cuenta ciertas particularidades de los Entes Locales, especialmente al regular la vía administrativa de recurso. Por ello, su aplicación a estas Administraciones propició no pocos problemas interpretativos, a la par que suscitó una de las más duras críticas vertidas a la Ley. En este sentido, por su relevancia en las garantías jurídicas del administrado, cabe destacar que la regulación inicial de la LPC determinó la desaparición para la mayoría de los actos de los Entes Locales de la vía administrativa de recurso; creando además incertidumbre sobre el régimen de impugnación de los actos locales de naturaleza tributaria. Aunque ambas cuestiones están estrechamente relacionadas conviene exponerlas por separado para mostrar los problemas planteados, lo que nos permitirá enlazar convenientemente con las recientes reformas legislativas.

Como se sabe, la LPC, con la finalidad de simplificar la vía administrativa de recurso e inspirada en el principio de única instancia, unificó los recursos ordinarios existentes anteriormente –alzada y reposición– en un único recurso de carácter jerárquico, denominado precisamente ordinario, para los actos que no pongan fin a la vía administrativa. De esta manera, el régimen resultante se asentaba en un línea divisoria radical: los actos que no ponen fin a la vía administrativa requerían, para su posterior impugnación jurisdiccional, la interposición del recurso ordinario; por el contrario, si ponen fin a dicha vía la única posibilidad de impugnación era acudir directamente a la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Esta regulación tuvo una especial incidencia en el ámbito local, toda vez que los actos de los órganos básicos de las Entidades Locales y los que actúen por delegación de éstos ponen fin a la vía administrativa, conforme al art. 52.2 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 (LBRL). De esta forma, la LPC determinó, de un lado, que contra tales actos locales la única vía de impugnación era acudir directamente a la vía judicial; de otro lado, y por la misma razón, la derogación implícita del apartado 1 del art. 52 LBRL que preveía el recurso de reposición contra los actos señalados, tal como había hecho expresamente con los preceptos que regularan tal recurso tanto en la Ley de Procedimiento anterior como en la Ley de la Jurisdicción entonces vigente. No sorprende, en consecuencia, que la crítica a la LPC en este aspecto de su regulación haya sido lugar común en la doctrina, al ponerse de manifiesto la situación de relativa indefensión a que se abocaba al ciudadano al obligarle, en todo caso, a interponer el recurso judicial para hacer valer la ilegalidad del acto que pone fin a la vía administrativa aunque pudiera razonablemente esperar que, de poder recurrirlo, la Administración hubiera estimado su pretensión; además la supresión del recurso administrativo producía cierto efecto disuasorio en los administrados a la hora de impugnar los actos de escasa relevancia o cuantía, dado los costes de la vía judicial. Por ello, han sido unánimes las voces que desde los más diversos sectores han estado reclamando la reforma de la LPC, en la dirección de restaurar la vía administrativa de recurso para los actos que pongan fin a la vía administrativa, al menos en el ámbito local. Ahora bien, en

tanto que la reforma debía ir dirigida a restablecer garantías jurídicas ha habido también consenso acerca de que en estos casos el recurso debía ser potestativo¹.

La segunda cuestión se refiere al régimen de impugnación de los actos locales de naturaleza tributaria. Sabido es que la LBRL de 1985 había suprimido la vía económico-administrativa para los Entes Locales, de manera que la impugnación de los actos dictados sobre aplicación y efectividad de los tributos locales se articulaba a través del correspondiente recurso de reposición, como vía previa a la judicial [art.108 LBRL y ratificado por el art.14.4 de la Ley de Haciendas Locales de 1988 (LHL)]. El modo en que resultaba afectada esta regulación por la LPC fue una de las mayores incertidumbres planteadas tras su entrada en vigor. En efecto, esta Ley excluía de su ámbito de aplicación la revisión de los actos en vía administrativa en materia tributaria, reenviando su regulación a lo dispuesto en la Ley General Tributaria y disposiciones de desarrollo y aplicación de la misma (Disposición adicional quinta), a la vez que remitía las reclamaciones económico-administrativas a su regulación específica (art.107.4). Si a esto se une la derogación expresa del recurso de reposición, se comprende las dudas suscitadas acerca de cuál fuese el sistema de impugnación de estos actos locales, de lo que da muestra la disparidad de soluciones interpretativas que se sucedieron en la doctrina: desde los que mantuvieron que cabía deducir la restauración de la reclamación económico-administrativa en el ámbito local; hasta los que entendieron que, al suprimirse el recurso de reposición, se había unificado el régimen de recursos para todos los actos de los Entes Locales; pasando por los que consideraron que subsistía, ahora con carácter especial, el recurso de reposición previsto en los arts. 108 LBRL y 14.4 LHL². Esta última tesis fue la acogida en el Real Decreto 803/1993, de modificación de determinados procedimientos tributarios, al dar como cuestión cierta “el recurso de reposición frente a actos dictados por Entidades Locales en materia de tributos locales”, y regular aspectos de su régimen jurídico como el plazo del recurso y el sentido del silencio. Aún así, podía cuestionarse la cobertura legal del Real Decreto citado, habida cuenta que la LPC había derogado las normas que establecían el recurso de reposición y, en último extremo, dejaba sin resol-

**EL ESTABLECIMIENTO DEL
NUEVO RÉGIMEN DE
RECURSOS ADMINISTRATIVOS
OPERADO EN LA REFORMA
DE LA LEY 30/1992 Y EL
NUEVO SISTEMA DE
IMPUGNACIÓN EN VÍA
ADMINISTRATIVA DE LOS
ACTOS DE LAS ENTIDADES
LOCALES EN MATERIA
TRIBUTARIA RECOGIDO EN
LA LEY 50/1998, HA
CAMBIADO RADICALMENTE
EL SISTEMA DE RECURSOS
EN EL ÁMBITO DE LA
ADMINISTRACIÓN LOCAL**

(1) La generalidad de esta propuesta doctrinal excusa cualquier cita, si bien ilustra este dato la total comunión en tal dirección que quedara reflejada en las Jornadas de Catedráticos, celebradas en febrero de 1997, en las que se discutió la reforma de la Ley 30/1992 sobre una propuesta elaborada por los Profesores A. PÉREZ MORENO, F. LÓPEZ MENUDO y L. PAREJO ALFONSO. Las mismas se recogen en la obra *Jornadas de Estudio sobre la Reforma de la Ley 30/1992*. Ed. BOE, Madrid, 1997.

(2) Sobre las diversas posiciones doctrinales sobre el tema, vid. J.M. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, “Las clases de recursos administrativos en la Administración local. El impacto de la Ley 30/1992”, *El Consultor*, núm. 20, 1994, págs. 2.694 y ss.

ver a qué recurso de reposición se aludía: si al preceptivo que previera la anterior Ley de la Jurisdicción³; o a uno diferente con carácter potestativo deducido directamente del art. 108 LBRL⁴. Sea como fuere, era preciso que el legislador clarificase convenientemente la materia, al tratarse de una cuestión que afectaba tanto a los administrados como a las Administraciones implicadas.

El panorama descrito ha cambiado radicalmente tras las recientes reformas legislativas en la materia. De una parte, la Ley 4/1999, de 13 de enero, de Reforma de la Ley 30/1992, da nueva regulación a la vía administrativa de recurso, de la que cabe destacar la introducción del recurso potestativo de reposición en los casos en que los actos pongan fin a la vía administrativa, “atendiendo, sobre todo, a los problemas planteados en el ámbito de la Administración Local” como resalta su Exposición de Motivos. Asimismo, se mantiene el recurso jerárquico, para el cual se recupera la denominación tradicional de alzada, así como el recurso de revisión con algunas modificaciones. De otra parte, un mes antes, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dando nueva redacción a los arts. 108 LBRL y 14 LHL, establecía el régimen de impugnación en vía administrativa de los actos de las Entidades Locales en materia tributaria y otros ingresos de Derecho público, que se materializa en un recurso de reposición que opera como presupuesto de ulteriores vías impugnatorias como veremos. En estas páginas se analiza el sistema de recursos administrativos en la Administración Local tal como queda tras las reformas citadas, haciendo especial hincapié en las principales modificaciones introducidas.

II. CONCEPTO Y CLASES DE RECURSOS EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Los recursos administrativos pueden definirse como actos jurídicos de los interesados dirigidos a impugnar por razones de legalidad una decisión previa de la Administración pública sometida al Derecho administrativo, que se deducen ante y se resuelven por la propia Administración. Por ello, en cuanto medios de defensa frente a actos ilegales, los recursos administrativos cumplen una función de garantía de los ciudadanos; pero también muestran un privilegio de la Administración pública cuando se configuran como presupuesto procesal de acceso a la vía judicial. En este sentido, habrá que tener presente, como ha señalado el Tribunal Constitucional, que la vía administrativa de recurso sólo puede entenderse compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE en tanto obedezca a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos, y no suponga un obstáculo carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto a los fines que lícitamente puede perseguir el legislador (STC 60/1989, de 16 de marzo).

(3) Los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, consideraron que se había operado un salvamento inesperado en este sector específico tributario local del viejo recurso general de reposición regulado en la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en *Curso de Derecho Administrativo*. II, 5ª Ed. Civitas, 1998, pág. 540.

(4) La STS de 4 de diciembre de 1997 (Ar. 9296) se pronuncia sobre el carácter potestativo del recurso de reposición en materia tributaria local tras la entrada en vigor de la LPC.

En cuanto a los tipos de recursos, tradicionalmente se han clasificado, atendiendo a los motivos en que se fundan y a la clase de actos objeto de impugnación, en ordinarios, extraordinarios y especiales; clasificación que puede mantenerse incluso tras la reforma de la LPC. Los primeros, pueden interponerse contra cualquier clase de acto, salvo exclusión expresa, y fundarse en cualquier motivo de nulidad o anulabilidad del acto, y como tales se regulan el recurso de alzada y el potestativo de reposición (art. 107.1). El recurso extraordinario de revisión procede únicamente en los supuestos previstos y debe fundarse necesariamente en los motivos expresamente señalados (art. 118). Los recursos especiales proceden contra determinado tipo de actos y se ajustan a reglas de tramitación y competencia específica, aunque como los ordinarios pueden fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico. Estos últimos no se regulan en la LPC, más allá de prever que puedan existir en ámbitos específicamente determinados; en concreto, los sistemas de resolución de conflictos sustitutivos de los recursos ordinarios (art. 107.2), los establecidos en materia de la Hacienda pública (art. 107 y Disposición adicional quinta); así como los propios para la Administración corporativa (Disposición transitoria primera). De esta forma, cabe plantearse si más allá de los recursos especiales contemplados por la propia LPC pueden establecerse otros recursos distintos a los regulados en la norma, otros recursos diferentes a los *comunes para todas las Administraciones públicas y para todos los administrados*. Dicho de otra manera, se trataría de indagar si es posible que otras normas introduzcan vías alternativas o especiales de recursos que puedan alterar o incluso desplazar el régimen de recursos que con carácter general y para todas las Administraciones establece la LPC.

Aunque reconocemos que no es la tesis seguida en la doctrina, en nuestra opinión, puede defenderse que la vía administrativa de recurso, en tanto que institución de garantía de los ciudadanos, forma parte de ese común denominador que asegura un tratamiento igualitario de los administrados ante las Administraciones públicas y, por consiguiente, fuera de las propias habilitaciones que la LPC realiza al legislador sectorial y en los ámbitos que la misma indica no podrían introducirse recursos especiales. Es más, la LPC no parece consentir que existan otros recursos distintos a los comunes a excepción de los ámbitos concretos que señala y a cuya regulación específica remite. Y así, según la LPC únicamente cabe un recurso ordinario: o el de alzada para los actos que ponen fin a la vía administrativa (art. 115) o el potestativo de reposición en otro caso (art. 117); por ello si no se interponen o se desestiman el acto se hace firme en vía administrativa, o lo que es lo mismo no cabe otro recurso administrativo, salvo el extraordinario de revisión cuyo objeto es precisamente esta clase de actos (art. 108). De esta forma, y conforme al principio de única instancia, la firmeza en vía administrativa se alcanza con la interposición de un único recurso ordinario, sin que se prevea la posibilidad de intercalar o añadir otro recurso especial. Asimismo, la LPC sólo contempla el desplazamiento de los recursos comunes por otro tipo de recurso distinto en los ámbitos señalados anteriormente. En este sentido, a nuestro juicio, el sistema de recursos en vía administrativa que cabe deducir de la LPC estaría integrado por los *recursos comunes* que ella misma regula, frente a los cuales y únicamente en aquellos ámbitos expresamente indicados podrán encontrarse, desplazando a los anteriores, *recursos especiales*. Cuestión distinta, en nuestra opinión, se da cuando las normas de los recursos comunes permiten ciertas especialidades, pero dentro del propio sistema. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el art. 109 reenvía, en últi-

mo extremo, al legislador sectorial la decisión de qué actos ponen o no fin a la vía administrativa; pero, en nuestra opinión, de tal decisión resultará cuál es el recurso ordinario procedente –alzada o reposición– pero no el surgimiento de otro diferente.

Debe señalarse, por último, que tras la Ley de Reforma de la LPC se mantiene la exclusión de la vía administrativa de recurso para las disposiciones de carácter general. Aunque en el Proyecto de Ley de Reforma se contemplaba el recurso potestativo de reposición contra los reglamentos, esta previsión desapareció durante la tramitación parlamentaria. En este sentido, no es admisible ningún recurso administrativo contra las disposiciones de carácter general de las Entidades Locales, en la línea que para las ordenanzas fiscales se contenía ya en el art. 19.1 LHL. Permanece, sin embargo, el conocido como “recurso *per saltum*” regulado en el art. 107.3 según el cual “los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de una disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición”. La inteligencia del precepto, tal como deduce la doctrina, es regular una vía impugnatoria excepcional que permite al interesado, facultativamente, recurrir indirectamente un reglamento y, en este caso, corresponde conocer del mismo el órgano que lo dictó⁵. Con todo, es una figura confusa a nuestro juicio, pues no aclara cuál es el recurso que se actúa, si alguno de los comunes ordinarios o uno distinto, y en este último caso cuál sea su régimen de impugnación –plazos de interposición y de resolución por ejemplo–; ni tampoco resuelve si esta vía impugnatoria tiene aplicación cuando el órgano autor del reglamento no pertenece a la Administración autora del acto recurrido. Asimismo, el precepto tampoco clarifica si esta vía permite anular el reglamento o únicamente afectaría, en su caso, al acto recurrido, existiendo posiciones enfrentadas al respecto. A nuestro juicio, no creemos que a través del “recurso *per saltum*” puedan anularse disposiciones generales, máxime cuando esta posibilidad únicamente se admite, al haberse suprimido el recurso directo contra reglamentos, a través de la potestad de revisión de oficio de disposiciones nulas regulada ahora en el nuevo art. 102. Compartimos también la opinión de que no es aplicable en los supuestos que el acto recurrido se haya dictado por una Administración distinta de la que procede el reglamento, pues ello implicaría restablecer un control entre Administraciones públicas no siempre respetuoso con su autonomía⁶. En cualquier caso, al constituir propiamente una vía de impugnación aunque indirecta contra reglamentos, no creemos necesario incidir más en este recurso.

III. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS COMUNES

Tras la Ley 4/1999, la LPC establece las reglas propias de cada recurso en diferentes secciones del Capítulo II del Título VII: sección 2ª para el recurso de alzada; sección 3ª para el recurso potestativo de reposición, y sección 4ª para el recurso extraordinario de revisión.

(5) Vid. GONZÁLEZ PÉREZ-GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Civitas, 1993, pág. 1.126.

(6) En este sentido, vid. SÁNCHEZ MORÓN, “Recursos administrativos”, en la obra *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, 1993, pág. 342.

Pero esta regulación específica requiere necesariamente hacer referencia previa a otros preceptos, especialmente a los artículos 107.1 y 108 donde se señalan qué actos son impugnables en función de la clase de recurso y, asimismo, al art. 109 donde se dispone qué actos ponen fin a la vía administrativa, al ser esta circunstancia la que determina cuál es el recurso ordinario procedente, el de alzada o el potestativo de reposición.

1. Actos impugnables y fin de la vía administrativa

Al regular los actos susceptibles de impugnación, la LPC distingue según se trate de recursos ordinarios o el extraordinario de revisión. Y así, en relación a los primeros, el art. 107.1 dispone que pueden ser objeto del recurso de alzada o del potestativo de reposición las resoluciones, así como los actos de trámite si éstos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Conviene, aún así, realizar algunas precisiones para el correcto entendimiento del precepto. La primera, respecto a la resolución, señalar que tras la reforma de la LPC hay que entender por tal tanto el acto final del procedimiento decisor de todas las cuestiones planteadas —art. 89—, como aquéllos actos finales que declaran la terminación del procedimiento por prescripción, renuncia, caducidad o desistimiento de la solicitud así como por la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, conforme el art. 42.1, segundo párrafo. Asimismo, debe entenderse tanto la resolución expresa como la “presunta”, pues aunque sólo el silencio positivo tiene a todos los efectos la consideración de acto finalizador del procedimiento, el silencio negativo se establece precisamente “a los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso” que resulte procedente —art. 43.3—, dato corroborado después por las reglas propias de los recursos de alzada y reposición.

Las demás precisiones se refieren al régimen de impugnación de los actos de trámite. En primer lugar, la LPC mantiene la excepcionalidad de la impugnación autónoma de los actos de trámite, los señalados expresamente en el art. 107.1, pues la regla general es que la oposición a éstos pueda realizarse bien mediante alegaciones en tal sentido durante la tramitación del procedimiento para su consideración en la resolución final, bien a través del recurso contra la propia resolución, que podrá fundarse justamente en la ilegalidad de alguno o algu-

LA LEY MANTIENE LA EXCEPCIONALIDAD DE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS DE TRÁMITE. LA REGLA GENERAL ES QUE LA OPOSICIÓN A ESTOS PUEDE REALIZARSE BIEN MEDIANTE ALEGACIONES EN TAL SENTIDO DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA SU CONSIDERACIÓN EN LA RESOLUCIÓN FINAL O BIEN A TRAVÉS DEL RECURSO CONTRA LA PROPIA RESOLUCIÓN

nos actos de trámite sin necesidad de haberlo alegado previamente. En segundo lugar, y con buena técnica legislativa, la reforma de la LPC ha ampliado la lista de los actos de trámite autónomamente recurribles para acomodarla a los mismos supuestos en que éstos tienen acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa —art. 25 Ley 13/1998 reguladora de esta Jurisdicción (LJ)—. Por último, en nuestra opinión, la impugnación separada de estos actos de trámite cualificados debe entenderse siempre como una facultad del interesado, de forma que éste pueda optar por interponer el recurso o bien esperar a que se dicte la resolución expresa o se produzca el silencio administrativo y concentrar la impugnación del acto de trámite en el recurso contra dicha resolución⁷. Resultaría paradójico, cuando menos respecto a los actos de trámite que causen indefensión o perjuicio irreparable al interesado, que no pudiera alegarse esta circunstancia en el recurso contra la resolución del procedimiento en que se emitieron dichos actos de trámite por el dato de que no se impugnaron separadamente. Dicho de otra forma, a nuestro juicio y en términos generales no es posible aplicar la sanción de acto firme o consentido a los actos de trámite susceptibles de impugnación autónoma en tanto subsista la posibilidad de recurrir la resolución expresa o presunta del procedimiento en que se incardinan.

Vistos los actos susceptibles de impugnación es preciso, además, indagar otra condición para saber cuál es el recurso ordinario procedente, cifrada en la LPC en si el acto pone fin a la vía administrativa. Si esta circunstancia, como se sabe, determinaba en la redacción original de la LPC la existencia misma de la vía administrativa de recurso, ahora, al haberse diversificado en dos los recursos ordinarios —el de alzada y el potestativo de reposición—, esta condición se establece para discriminar cuál de ellos es el pertinente. En efecto, el recurso de alzada es el previsto para los actos que no ponen fin a la vía administrativa, precisamente para finalizarla —art. 114.1—, mientras que el potestativo de reposición procede contra los que ponen fin a dicha vía —art. 116—; de ahí la importancia de saber cuándo el acto que se pretende impugnar pone o no fin a la vía administrativa. Pero además esta condición del acto se muestra particularmente relevante por la distinta naturaleza de ambos recursos, toda vez que la no interposición del recurso de alzada cuando es el indicado determina la firmeza a todos los efectos del acto, incluso en sede judicial, por cuanto el recurso contencioso-administrativo sólo es admisible contra los actos que ponen fin a la vía administrativa —art. 25 LJ—.

Con carácter general los actos que ponen fin a la vía administrativa son los relacionados en el art. 109, a saber: a) las resoluciones de los recursos de alzada; b) las resoluciones de los procedimientos de impugnación a los que se refiere el art. 107.2; c) las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario; d) las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca, y e) los acuerdos, pactos, convenios y contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento. Como puede comprobarse, el art. 109 requiere ser completado por otras normas, especialmente las que para cada Administración pública establezcan qué resoluciones, en función de

(7) Sobre la impugnación de los actos de trámites, vid. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Montecorvo, 1993.

su estructura jerárquica, ponen fin a la vía administrativa. Asimismo, esta regla permite excepciones pues, de un lado, el legislador puede establecer qué resoluciones no ponen fin a la vía administrativa aunque se emitan por órganos que carecen de superior jerárquico —art. 109.c)—, lo cual indica que en estos supuestos el legislador debe prever qué órgano ultima dicha vía; de otro lado, la Ley e incluso el reglamento pueden disponer que ciertos órganos, aún sometidos jerárquicamente a otros, ponen fin a la vía administrativa —art. 109.d)—.

Sin embargo, conviene señalar cierta contradicción, al menos aparente, del art. 109 con la regulación específica de los recursos de alzada y potestativo de reposición. Y así, según los apartados a) y b) del precepto citado la resolución del recurso de alzada así como la de los recursos sustitutos de los ordinarios ponen fin a la vía administrativa, de lo cual cabría deducir que el recurso que procede es el potestativo de reposición. Pero tal conclusión se desmiente en los arts. 115.3 y 117.3 que consagran el principio de única instancia de la vía administrativa, al menos en relación a los recursos ordinarios. En efecto, de la regulación de los recursos de alzada y de reposición se desprende claramente que son vías alternativas: o procede el recurso de alzada o el que procede, si bien con carácter potestativo, es el de reposición; pero en ningún caso pueden acumularse ambos recursos, ni tampoco es posible interponer dos de la misma clase; principio o regla que también debe inspirar la regulación de los recursos sustitutos de los ordinarios, conforme subraya el mismo art. 107.2. Por esta razón, a nuestro juicio, el recurso de reposición es el procedente contra los actos que ponen fin a la vía administrativa, siempre y cuando esta circunstancia no traiga causa de resolver el procedimiento impugnatorio contra otro acto administrativo. A nuestro juicio, el verdadero alcance del art. 109, en los apartados citados, es establecer que en estos casos no es preciso interponer ningún recurso para poder acudir directamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En relación al recurso extraordinario de revisión, el art. 118 dispone que podrá interponerse contra los actos firmes en vía administrativa. La firmeza en vía administrativa significa en la LPC que está cerrada la vía ordinaria de recurso, sin prejuzgar si el acto ha adquirido firmeza a efectos judiciales, y sin que esta firmeza en vía administrativa impida en su caso la solicitud de revisión de oficio de actos nulos. En este sentido, el acto es firme en vía administrativa cuando ha transcurrido el plazo para interponer el recurso potestativo de reposición o el de alzada en su caso, o éstos han sido desestimados, como se deduce de los artículos 115 a 117. De tal manera que en tanto esté abierto el plazo para interponer los recursos ordinarios, no procede el recurso extraordinario de revisión, quizá por la razón de que los motivos tasados que deben fundamentar este último sirven también para argumentar los primeros.

2. El recurso de alzada

Según lo expuesto, éste es el recurso procedente contra los actos que, siendo susceptibles de impugnación, no ponen fin a la vía administrativa —art. 114.1—. Por ello, sus posibilidades se encuentran muy limitadas en la Administración Local, habida cuenta que según el art. 52.2 LBRL los actos de sus órganos más importantes agotan la vía administrativa

(Plenos, Alcaldes o Presidentes y Comisiones de Gobierno), así como los actos de las autoridades inferiores que resuelvan por delegación de otro órgano cuyas resoluciones pongan fin a la vía administrativa. Aún así, a continuación se relacionan supuestos en los que el recurso de alzada puede ser el indicado:

– Los actos dictados por los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de la Administración Local, al considerarse dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos –art. 114.2–.

– Igualmente y con el mismo tratamiento se encuentran los actos de cualquier otro órgano que en el seno de estas Administraciones actúen con autonomía funcional. Esta previsión parece referirse a los órganos creados, en virtud de la potestad administrativa de autoorganización, para desconcentrar actividades o la gestión de servicios públicos, otorgándoles para ello autonomía funcional. Claros ejemplos de estos supuestos en la Administración Local son, en materia urbanística, las Gerencias de Urbanismo cuando se establecen como órganos desconcentrados; y también, en el ámbito de los servicios públicos, lo que el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales denomina “gestión directa con órgano especial de administración” –art. 70 RSCL–. En cualquier caso, habrá que entender que a estos efectos el art. 114 no es más que una norma de reenvío a las disposiciones reguladoras de la estructura orgánica de las distintas Administraciones públicas, que son las que decidirán, en su caso, qué órganos cuentan con tal autonomía funcional. Por ello, en el ámbito local serán los Reglamentos orgánicos de los Municipios y los equivalentes para las Provincias los que, en su caso, establezcan y regulen otros órganos complementarios a los que la LBRL determina como obligatorios (arts. 20.3 y 32, tras su modificación por la Ley 11/1999, de 21 de abril). De esta forma, tales normas pueden prever tanto la creación de tales órganos como la regulación de su actividad, de manera que, de otorgarles facultades resolutorias decidir, a su vez, si ponen fin a la vía administrativa o no. En este último caso, sus resoluciones serían recurribles en alzada ante el órgano al que estén adscritos.

– Los actos dictados por los órganos municipales en el ejercicio de las competencias delegadas por la Administración del Estado, de la Comunidad Autónoma u otras Entidades Locales al amparo del art. 27 LBRL, cuando en tal delegación se haya establecido, como medio de control, recurso administrativo ante la Entidad delegante [art. 52.2.a) LBRL].

– Asimismo, consideramos que hay que reconducir hoy a este recurso los supuestos en que la Ley dispone como mecanismo de tutela el control de los actos de ciertas Entidades diferenciadas por parte de los Entes territoriales, conocidas doctrinalmente como “alzadas impropias”, precisamente por no existir entre tales Entidades relaciones de jerarquía. Su pervivencia, e incluso su establecimiento, encontraría respaldo en el apartado c) del art. 109, si bien ahora se les aplicaría el régimen del recurso común de alzada de la LPC⁸. Como manifestación de estas “alzadas impropias” en el ámbito local se encuentran los

(8) En este sentido, si bien refiriéndose al anterior recurso ordinario, vid. SÁNCHEZ MORÓN, “Recursos administrativos”, ob. cit., 1993, pág. 341.

recursos que pueden interponerse, si así se establece, contra actos de ciertas Entidades de base privada que gestionan en régimen de autoadministración funciones públicas —como los acuerdos de la Junta de Compesación ante la Administración urbanística local—; o contra los actos de los concesionarios de servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades públicas conferidas a los mismos, ante la Administración concedente para su fiscalización o control —supuesto previsto en el art. 2.d) de la Ley de la Jurisdicción—; precepto aplicable analógicamente, en nuestra opinión, a otras formas de gestión indirecta de servicios locales en las que la norma reguladora del servicio prevea esta posibilidad.

— En cuanto a las Entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Administración Local, denominadas comúnmente “organismo autónomo local” —art. 85 LBRL— se les aplica la LPC, y por tanto el régimen de recursos: en todo caso cuando ejerzan potestades públicas y en el resto de su actividad cuando sus normas de creación lo dispongan —art. 2.2—. Por tanto, a nuestro juicio, las Administraciones Locales cuando crean sus Entes instrumentales pueden establecer que sus acuerdos sean recurribles ante los mismos o, en su caso, ante la Administración de que dependan. Esta última hipótesis sería un supuesto de alzada impropia habida cuenta que respondería a un mecanismo de control sobre sus Entes instrumentales propio del principio de tutela y no del de jerarquía.

El régimen jurídico del recurso de alzada es el propio del anterior recurso ordinario por cuanto, salvo en el plazo de interposición, el alcance de la Reforma de la LPC en este punto no ha pasado de un cambio en su denominación. En este sentido, es el recurso previsto para poner fin a la vía administrativa y, como tal, se configura como presupuesto procesal a la vía judicial, al requerirse como hemos señalado que el acto ostente esta condición para que sea impugnado ante la Jurisdicción. Mantiene, igualmente, su carácter jerárquico pues aunque puede interponerse tanto ante el órgano que lo dictó como ante su superior jerárquico, corresponde resolverlo siempre a este último —art. 114—. Sí hay novedad en cuanto al plazo para interponer el recurso pues ahora, tras la Ley 4/1999 de Reforma, debe distinguirse según se trate de un acto expreso, en cuyo caso es de un mes, o de silencio administrativo para el que el plazo se amplía a tres meses, según establece el art. 115. Estos plazos deben computarse, al estar fijados por meses, como vuelve a recogerse en el nuevo art. 48 y es doctrina rei-

**EL RECURSO DE ALZADA
SERÁ PROCEDENTE CONTRA
LOS ACTOS QUE SIENDO
SUSCEPTIBLES DE
IMPUGNACIÓN NO PONEN
FIN A LA VÍA ADMINISTRATIVA.
DE AHÍ QUE SUS
POSIBILIDADES EN LA
ADMINISTRACIÓN LOCAL
RESULTEN MUY LIMITADAS,
DADO QUE SEGÚN LA LBRL
LOS ACTOS DE LOS
ÓRGANOS DE LOS ENTES
LOCALES MÁS IMPORTANTES
AGOTAN LA VÍA
ADMINISTRATIVA**

terada del Tribunal Supremo, según la regla “de fecha a fecha”: el día inicial del cómputo es el siguiente al de la fecha de la notificación o publicación del acto o el siguiente al que se produzca el silencio, mientras que el día final es, en el mes de que se trate, el equivalente al día de la notificación o al que surge el silencio⁹.

Con todo, la no interposición de este recurso, plantea la cuestión de cuál sea su alcance en los supuestos de silencio negativo, si tenemos en cuenta que el art. 115.1 determina la firmeza a todos los efectos del acto no recurrido en plazo. Ante esta conclusión, también debe considerarse que tras la reforma de la LPC el silencio tiene una eficacia automática, sin que se requiera ninguna intervención por parte del interesado para que surja esta figura, como fue el caso de la denuncia de la mora en su día o la petición de la certificación en la redacción originaria de la LPC. A nuestro juicio, pudiera ser extremadamente gravoso para el interesado que por el transcurso de sendos plazos, uno el dispuesto para el silencio y otro el fijado para interponer la alzada, no tuviera ninguna posibilidad de defender sus pretensiones. Ciertamente, la jurisprudencia es vacilante sobre el carácter preclusivo del plazo para recurrir cuando se trata de silencio negativo al estar en juego tanto el principio de seguridad jurídica como el de no hacer derivar un perjuicio al administrado a resultas de un incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración. Por ello, puede mantenerse que si no se interpone la alzada, cuando es el recurso procedente, la vía de impugnación queda cerrada. Pero también que no puede impedirse que el interesado, al que no se le resolvió en plazo, pueda volver a instar su solicitud primera, sin que pudiera oponérsele la excepción de acto consentido por el dato de que su primera petición desestimada no hubiera sido recurrida, dada la naturaleza automática de silencio negativo tras la reforma. Todo ello sin prejuzgar, claro está, las oportunas correcciones que deban hacerse cuando existan otros terceros interesados.

Por lo demás, se mantiene igualmente el plazo de tres meses para resolver el recurso, si bien se hace extensivo también a su notificación, en concordancia a la reforma operada sobre la obligación de resolver y notificar en plazo; así como el sentido desestimatorio del silencio, y la excepción a esta regla para los casos en que el recurso se interpone contra una solicitud desestimada por silencio –art. 115.3–.

3. El recurso potestativo de reposición

La introducción de este recurso es, quizá, la novedad estructural más importante de la reforma operada por la Ley 4/1999 respecto a la vía administrativa de recurso. Y aunque se inspira en el de igual nombre que regularan la Ley de la Jurisdicción de 1956 y la de Procedimiento Administrativo de 1958, no se trata del mismo recurso. Sus diferencias con aquél radican, principalmente, en la naturaleza postestativa con la que ahora lo configura la nueva regulación y en que no puede interponerse en ningún caso contra la reso-

(9) La regla del cómputo “de fecha a fecha” ha sido mantenida reiteradamente por el Tribunal Supremo, incluso cuando de la redacción original de la LPC se deducía un cambio en el cómputo del día inicial, que ha sido corregido por la Ley 4/1999 para volver a la regla tradicional; por todas vid. la STS de 2 de diciembre de 1997, Ar. 9675 y las que en ésta se citan.

lución de otros recursos, conforme al principio visto de única instancia en vía administrativa. Su relevancia en el ámbito local conviene resaltarla, toda vez que los órganos necesarios de las Entidades Locales así como los que actúen por delegación de éstos —art. 52.2 LBRL—, más los que sus normas orgánicas dispongan ponen fin a la vía administrativa, que es el presupuesto para su procedencia. En consonancia, el art. 52.1 LBRL, que quedara derogado por la LPC en su redacción original, ha vuelto a ser introducido por la Ley 11/1999, de 21 de abril, en el que se establece que el interesado puede interponer este recurso potestativo contra los actos y acuerdos de las Entidades Locales que pongan fin a la vía administrativa, o bien ejercer las acciones que procedan ante la Jurisdicción competente. En este sentido, el recurso de reposición se erige en el recurso ordinario *normal* contra los actos de las Administraciones Locales.

Su carácter potestativo determina que pueda utilizarse este recurso o acudir directamente a la Jurisdicción contenciosa, pero no que sea posible simultanear ambas vías impugnatorias. En efecto, conforme al art. 116.3 si se interpone el recurso de reposición el acceso a la jurisdicción queda cerrado hasta que éste se resuelva expresamente o deba entenderse presuntamente desestimado. Por ello, la interposición de este recurso incide directamente en el día inicial —a quo— a considerar para el cómputo del plazo del recurso contencioso-administrativo, como se deduce también del art. 46 de la nueva Ley de la Jurisdicción: si no se interpone el recurso de reposición, el inicio del cómputo del recurso jurisdiccional es el día siguiente al de la notificación o publicación del acto expreso o a aquél en que surja el acto presunto; por el contrario, si se interpone en plazo, el propio del recurso contencioso-administrativo queda suspendido hasta tanto el recurso de reposición se resuelva o deba entenderse desestimado, iniciándose su cómputo a partir de estos momentos.

En cuanto al régimen de los plazos de este recurso administrativo, rige para la interposición el mismo que para el de alzada, según se trate de acto expreso o presunto, por lo que valen las consideraciones anteriormente señaladas sobre el cómputo. Sin embargo, el transcurso del plazo únicamente determina que quede firme la vía administrativa, no así la judicial, conforme a su naturaleza potestativa. Para su resolución y notificación, sin embargo, el plazo es de un mes, a computar desde la entrada en el registro del mismo órgano administrativo que lo dictó al ser el competente para conocer, transcurrido el cual debe entenderse desestimado según la regla general del art. 43.2.

4. El recurso extraordinario de revisión

Este recurso es el único que puede interponerse contra actos firmes en vía administrativa, siempre y cuando se fundamente en algunos de los motivos que se relacionan en el art. 118.1, a saber: 1º. Que al dictarlos se hubiere incurrido en error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente; 2º. Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien error de la resolución recurrida; 3º. Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución; 4º. Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia o maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme. Como

puede observarse son motivos que evidencian en algunos casos nulidades de pleno derecho e incluso error de la Administración al dictar la resolución; de ahí que la regulación de este recurso no afecte al derecho del interesado de solicitar en cualquier momento a la Administración que actúe sus potestades de revisión o rectificación de oficio –art. 118.3–.

La reforma de la LPC ha solventado la discusión a la que dio lugar su regulación inicial al disponer que este recurso lo resuelve el mismo órgano que dictó la resolución recurrida, ante quien también debe interponerse¹⁰. Asimismo, otra de las reformas más significativas que se ha establecido para este recurso, siguiendo las indicaciones del Consejo de Estado, es la posibilidad prevista en el art. 119.1 de acordar motivadamente su inadmisión a trámite, sin necesidad de recabar dictamen de este órgano consultivo o de su equivalente en la Comunidad Autónoma, siempre que pueda deducirse que no se funda en alguno de los motivos procedentes o, en otro caso, se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales. Aunque no se establece plazo para decidir su admisión o no a trámite, es evidente que esta última posibilidad únicamente tiene sentido en tanto medie plazo para resolver y notificar la resolución del recurso, pues tras éste debe entenderse desestimado, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, según el art. 119.3. Este trámite de admisión también se ha establecido en el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, lo que da cuenta de la estrecha relación que guardan ambas vías para depurar del mundo jurídico tal clase de actos.

Por último, se respetan tras la reforma los mismos plazos para recurrir y para resolver. Y así, este recurso puede interponerse dentro de los cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución cuando se fundamente en el primer motivo; en los demás casos, el plazo es de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme; y debe ser resuelto y notificado en el plazo de tres meses a contar desde su interposición. Finalmente, se mantiene que la resolución expresa de este recurso no sólo pueda estimarlo o no y, por consiguiente, decidir la anulación del acto recurrido, sino que en este último caso también deberá pronunciarse sobre el fondo de la cuestión resuelta en el mismo, por razones claras de economía procedimental –art. 119.2–.

IV. LA ESPECIALIDAD DE LA VÍA DE RECURSO EN MATERIA DE HACIENDAS LOCALES

1. El nuevo artículo 108 de la Ley de Bases de Régimen Local: los ingresos de Derecho público como criterio material para la aplicación de la vía especial de recurso

La Ley 50/1999, de 30 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social (Ley de Medidas) ha dado nueva regulación a los artículos 108 LBRL y 14 LHL,

(10) No ha acogido, por tanto, el criterio mantenido por el Consejo de Estado de que el recurso de revisión debía resolverse por quien sea ajeno y jerárquicamente superior al que dictó la resolución, expresado en la Ponencia sobre la Reforma de la Ley 30/1992 (La Ley, 4396/1997).

resolviendo definitivamente cualquier incertidumbre acerca de la vía administrativa de recurso de los actos de las Entidades Locales en materia de su Hacienda. En este cometido el legislador ha seguido dos opciones claramente identificables. De una parte, establecer un sistema propio y especial de recurso administrativo contra estos actos, en la línea de mantener la exclusión de la vía económico-administrativa en el ámbito local, desoyendo a un amplio sector doctrinal que propugnaba su restablecimiento con algunas reformas¹¹. De otra parte, reconducir a esta vía de revisión la impugnación de todos los actos de la Administración Local que versen sobre cualquier ingreso de Derecho público que nutra su Hacienda. En efecto, la novedad más significativa de la reciente regulación es, precisamente, el ámbito que ahora se dispone en el art. 108 LBRL para esta vía previa de recurso, cual es: contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos locales y de los restantes ingresos de Derecho público. Hay pues un salto cualitativo importante respecto al régimen anterior, habida cuenta que los ingresos de Derecho público exceden con mucho la materia tributaria; ampliación que queda corroborada por la explicitación que realiza el mismo art. 108 LBRL—en consonancia con el nuevo art. 2.2 LHL— de cuáles, además de los tributos, sean tales ingresos: las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, los precios públicos, así como las multas y sanciones pecuniarias. Ciertamente, identificar el ámbito material de “lo económico-administrativo” en base a criterios sustantivos no es tarea fácil más allá de su relación con la Hacienda pública, pero en verdad hasta el momento ni incluso en la esfera del Estado se había dado el paso que ahora se aprecia para las Haciendas locales. Ello se manifiesta nítidamente a propósito de las sanciones pecuniarias, pues ahora su impugnación se reconduce a esta vía especial de recurso cualquiera que sea la actividad material de la Entidad Local en que ejerza la potestad sancionadora, simplemente porque constituyen ingresos públicos; situación que no se da con esta generalidad en el ámbito de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas. En este sentido, los ingresos de Derecho público de las Haciendas locales se configuran como un criterio delimitador de una vía especial de recurso administrativo que no tiene parangón en otras Administraciones públicas.

La vía especial de revisión para los actos señalados se materializa en un recurso de reposición, pero distinto al que con el

EL RECURSO ESPECIAL DE REPOSICIÓN EN MATERIA DE HACIENDAS LOCALES APARECE COMO EL ÚNICO QUE PUEDE INTERPONERSE CONTRA LOS ACTOS DE LAS ENTIDADES LOCALES EN VÍA DE GESTIÓN DE SUS TRIBUTOS PROPIOS Y DE SUS RESTANTES INGRESOS DE DERECHO PÚBLICO. QUEDAN EXCLUIDOS LOS SUPUESTOS DE GESTIÓN DE TRIBUTOS LOCALES QUE CORRESPONDEN A OTRAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO LOS SUPUESTOS DE DELEGACIÓN POR PARTE DEL ESTADO DE LA GESTIÓN CENSAL DEL IAE

(11) En este sentido en la Propuesta de Reforma de la Ley 30/1992 se recogía el restablecimiento de la vía económico-administrativa en el ámbito local, si bien generalizando la posibilidad de atribuir su conocimiento a órganos *ad hoc*, *vid. Jornadas de Estudio. ob.cit.* Ya en esta línea se había pronunciado A. PÉREZ MORENO en “Garantías jurídicas en las Haciendas Locales”, *Revista Andaluza de Administración pública*, num.1, págs.51 y ss.

mismo nombre se regula en la LPC. Diferencia que se manifiesta no sólo porque cuenta con un régimen particular y propio —el establecido en el nuevo art. 14 LHL—, sino también por su carácter preceptivo. Y así, frente a la literalidad del derogado art. 108 LBRL en el que se establecía que “contra los actos sobre aplicación y efectividad de los tributos podrá formularse el correspondiente recurso de reposición”, la nueva redacción dada a este precepto por la Ley de Medidas no deja lugar a dudas al respecto al establecer que contra tales actos “se formulará el recurso de reposición previsto al efecto en la Ley reguladora de las Haciendas Locales”. Por ello, si se repara en que, de los recursos comunes regulados en la LPC, el potestativo de reposición es el de aplicación “normal” a las Entidades Locales, los ingresos de Derecho público se erigen también como el criterio delimitador claro entre ambas vías de recurso, una potestativa y otra preceptiva; lo cual puede producir cierta complejidad en el sistema de impugnación de los actos de estas Administraciones, a lo cual contribuye la misma denominación de ambos tipos de recursos. En atención a estas consideraciones, habría que reflexionar acerca de si es razonable el establecimiento de una vía especial de recurso para tales actos configurada como presupuesto de acceso a la justicia, que se sustenta en un criterio delimitador tan amplio como es el que los actos de referencia constituyan ingresos públicos de su Hacienda, si se tiene en cuenta además que su resolución corresponde al mismo órgano que dictó tal acto. Ello por cuanto el carácter preceptivo de un recurso administrativo tiene que presentar una justificación conveniente para el interés público y, además, que tal carga para el administrado se evidencie proporcional a la protección de tal interés, toda vez que afecta inevitablemente a su derecho fundamental de acceso a la justicia.

2. El recurso especial de reposición del artículo 14 de la Ley de Haciendas Locales

El nuevo art. 14 LHL regula exhaustivamente el recurso especial de reposición al que hace referencia el art. 108 LBRL, del que deben destacarse los siguientes aspectos:

A) Objeto y naturaleza

Este recurso se establece como el único que puede interponerse contra los actos dictados por las Entidades Locales en vía de gestión de sus tributos propios y de sus restantes ingresos de Derecho público, reafirmando el carácter preceptivo que se deduce del art. 108 LBRL¹². De esta forma, su ámbito de aplicación se determina en atención a un doble requisito: el primero de carácter objetivo, cual es que se trate de actos relativos a ingresos de Derecho público de las Haciendas locales; el segundo de índole subjetiva, pues se requiere también que el acto lo emita una Entidad Local. En este sentido, quedan excluidos aquellos supuestos en que la gestión de los tributos locales corresponde a otras Administraciones públicas, como es el caso de la gestión censal del Impuesto de Actividades Económicas (IAE) o el de la gestión catastral del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) que están atribuidas al Estado y, en consecuencia, los actos dictados en

(12) En este sentido es claro el art. 14.2 LHL al disponer: “Contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos y restantes ingresos de Derecho público de las Entidades Locales sólo podrá interponerse el recurso de reposición que a continuación se regula”.

estos ámbitos se impugnan a través de las reclamaciones económico-administrativas –arts. 77 y ss. y 91 y ss. LHL–. Asimismo, en los supuestos en que el Estado delegue la gestión censal del IAE en la Entidad Local, así como cuando ésta asuma también la inspección de tal tributo, se sigue el régimen de impugnación de la Administración delegante señalado antes, y no el de la Entidad Local, tal como se establece en los arts. 92.3 y 4 LHL.

No obstante, y aludiendo claramente a estos supuestos, el art. 14 LHL dispone que en los casos en que se prevea la posibilidad de formular reclamaciones económico-administrativas contra los actos de gestión de tributos locales, si éstos se dictan por una Entidad Local debe interponerse previamente el recurso de reposición que analizamos. En sintonía, posteriormente establecerá que contra la resolución de este recurso de reposición podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de los supuestos en que la Ley prevé la interposición de reclamaciones económico-administrativas contra los actos dictados en vía de gestión de los tributos locales. Ciertamente, el legislador es el llamado a decidir cuál es el sistema de impugnación que prevalece, el de la Administración delegante o el de la delegada, pero no vemos justificación alguna para exigir la acumulación de ambas vías de recursos administrativos¹³, salvo un exceso de celo respecto de la autonomía local. En cualquier caso, contradice frontalmente la orientación general que ha adoptado nuestra normativa hacia la simplificación de la vía administrativa previa, de forma que no sea exigible al administrado la interposición de dos recursos administrativos para acceder a la vía judicial en su caso, tal como se deduce de la LPC y ha impuesto la Ley 1/1998 de Derechos y Garantías del Contribuyente en el ámbito de las reclamaciones económico-administrativas. Desde esta consideración, no encontramos ningún argumento sólido en pro de configurar este recurso como presupuesto no sólo para el acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa sino también, y con carácter previo, a la vía económico-administrativa en los supuestos señalados. Por esta razón debe mantenerse, a nuestro juicio, una respuesta distinta para los casos en que la Administración Local haya delegado, conforme al nuevo art. 7 LHL, las facultades que le corresponden en la gestión, liquidación, inspección y recaudación de sus tributos o de los restantes ingresos de Derecho público, pues el régimen de impugnación en vía administrativa del acto dictado es el que corresponda al ente gestor. Por ello, habrá que estar al régimen de impugnación de la Administración gestora de tales facultades, pero no acumular a éste el que corresponde a la Administración Local, aunque sea la Entidad delegante. De tal manera que si el Ente gestor es la Comunidad Autónoma, el sistema de impugnación de tales actos será el dispuesto para esta Administración en bloque, que en materia tributaria es la reclamación económico-administrativa; sin que por ello estemos ante el supuesto previsto en el art. 14 y, por consiguiente, sea exigible la previa interposición del recurso de reposición.

B) Interposición y tramitación del recurso

El plazo de interposición de este recurso es de un mes contado a partir del día siguiente al de la notificación del acto impugnado o al de la finalización del período de exposición pública de los correspondientes padrones o matrículas de contribuyentes u obligados al

(13) Aunque encuentra un antecedente en el mismo sentido en el Real Decreto 243/1995, de 17 de febrero, por el que se dictaron normas para la gestión del Impuesto de Actividades Económicas.

pago, estando legitimada cualquier persona cuyos intereses legítimos y directos resulten afectados por el acto de gestión además de los sujetos pasivos y, en su caso, responsables de los tributos y los obligados a efectuar el ingreso de Derecho público de que se trate. En este sentido, destaca la previsión de que sean llamados al procedimiento otros interesados distintos del recurrente cuando se deduzca su existencia del escrito inicial o de las actuaciones posteriores para que aleguen lo que a su derecho convenga, así como la obligación de la Administración, bajo la responsabilidad del Jefe de la Oficina o Dependencia de gestión, de ponerles de manifiesto el expediente cuando lo requieran. De otra parte, se establecen amplias posibilidades en la revisión del acto, en parecidos términos a los del art. 113 LPC, pues el órgano puede entrar a conocer todas las cuestiones que ofrezca el expediente hayan sido o no planteadas por los interesados, previa su exposición a éstos y plazo para que formulen alegaciones. Sin embargo, no se recoge expresamente la prohibición de la *reformatio in peius* que sí contiene el art. 113 LPC.

Por último, cabe señalar que, siguiendo la regla general en nuestro ordenamiento, la interposición del recurso no suspende la ejecución del acto, si bien puede suspenderse en los mismos términos y condiciones que para el Estado dispone la normativa correspondiente. Asimismo, recogiendo las previsiones de la Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente, se establece, de un lado, que la suspensión acordada en vía administrativa se mantenga hasta la vía judicial si existe garantía suficiente y, de otro, que las sanciones tributarias quedan automáticamente suspendidas por la interposición del recurso sin necesidad de prestar garantía. Sin embargo, esta última previsión no se hace extensiva a otras sanciones pecuniarias que también son impugnables a través de este recurso por constituir ingresos de Derecho público de las Haciendas locales. A nuestro juicio, no puede más que propugnarse la aplicación del mismo régimen de suspensión a todas las sanciones, no sólo porque pugna al sentido jurídico un diferente tratamiento en las garantías sino porque, ante todo, la potestad sancionadora de las Administraciones públicas debe responder a unos principios comunes y éstos hoy reclaman que las sanciones, sean de la naturaleza que sean, sólo sean ejecutivas cuando ya no sea exigible recurso administrativo alguno para poder acceder a la vía judicial –art. 138.3 LPC–.

C) Resolución y notificación

El recurso debe resolverse en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a su presentación en el registro del órgano correspondiente, salvo que se hubieran personado en el procedimiento otros interesados o se haya decidido extender la revisión a cuestiones distintas a las planteadas por éstos; en estos casos, el plazo se computa desde el día siguiente al que se formulen las alegaciones o se dejen transcurrir los plazos para realizarlas. Otra particularidad estriba en que la figura del silencio, aquí en sentido negativo, surge por el mero transcurso del plazo para emitir la resolución expresa, sin que se unifique a estos efectos la obligación de resolver y notificar la resolución como se ha impuesto con carácter general en la LPC. Así, la notificación de la resolución expresa debe realizarse al recurrente y demás interesados en el plazo de diez días desde que aquélla se produzca. Esta disociación debiera haberse evitado, pues puede generar inseguridad al

interesado a la hora del cómputo de los plazos para recurrir en ulteriores vías, que si bien no es grave en el caso del recurso contencioso-administrativo, dado el plazo de seis meses dispuesto para recurrir contra resoluciones presuntas, sí lo puede ser para cuando sea exigible previamente interponer una reclamación económico-administrativa que debe realizarse en quince días.

V. VALORACIÓN DE CONJUNTO

Analizada someramente la incidencia en el ámbito local de las recientes reformas legislativas en materia de recursos administrativos puede convenirse en que al menos el legislador ha resuelto algunos de los problemas que planteara la normativa anterior, si bien el juicio valorativo acerca de sus soluciones no puede ser idéntico. En este sentido, en la medida que la reforma de la LPC atiende al sentir unánime en la doctrina en relación a la introducción del recurso potestativo de reposición para los actos que ponen fin a la vía administrativa, no puede menos que ser recibida muy positivamente. No es tan claro que el régimen de la vía de recurso en el ámbito de las Haciendas Locales pueda merecer el mismo juicio. Y no sólo porque la mayoría de la doctrina propugnaba el restablecimiento si bien con ciertas modificaciones de la vía de la reclamación económico-administrativa, sino también porque el novedoso ámbito de aplicación dispuesto para el recurso especial de reposición en materia de Haciendas Locales puede generar cierta confusión en el sistema de recursos de estas Administraciones públicas. Tampoco puede pasar inadvertido que esta última regulación puede colocar al contribuyente local en una situación más gravosa que la de los contribuyentes de otras Haciendas, dado que este recurso especial de reposición se configura no sólo como presupuesto de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa sino también de la vía económico-administrativa en ciertos casos, demorando cuando menos su acceso a la Justicia.

Medios alternativos de resolución de conflictos en la Administración Local

ENCARNACIÓN MONTOYA MARTÍN

Profesora Titular de Derecho
Administrativo
Universidad de Sevilla

Sumario:

I. Consideraciones generales. II. Fundamento constitucional: la doctrina del Tribunal Constitucional. A) La constitucionalidad de las vías administrativas previas. B) El arbitraje como equivalente jurisdiccional. **III. El artículo 107.2 de la Ley 30/1992. El adecuado encaje jurídico de las vías alternativas previstas.** A) Naturaleza jurídica de los procedimientos “alternativos” mencionados y sus efectos jurídicos. 1. De su carácter preceptivo o facultativo. 2. Del carácter cumulativo o alternativo a los recursos administrativos. B) La remisión a la regulación por ley: Ley estatal versus Ley autonómica. C) Ámbito material. D) El respeto a las facultades decisorias reconocidas a los órganos representativos electos. E) De los órganos o comisiones arbitrales. Potestad organizatoria de los Entes Locales. **IV. Reflexión final.**

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La profunda crisis que atraviesa la justicia administrativa ha arrastrado a la búsqueda de soluciones que palién o remedien dicha situación. De ahí que se venga hablando de los medios alternativos de solución de conflictos entre Administración y ciudadanos. El legislador, además del art. 107.2 de la LRJ-PAC, viene utilizando cada vez con más frecuencia conceptos como conciliación, mediación, arbitraje, juntas arbitrales, procedimiento arbitral, en los que la Administración tiene alguna participación o protagonismo. Por ende, estimamos necesario como punto de partida de cualquier análisis profundo

acerca de este tema –máxime si se trata de elaborar una Propuesta de Ley de Arbitraje de Derecho administrativo que regule unitariamente tanto los procedimientos alternativos a los recursos tradicionales como el arbitraje– realizar un trabajo de campo, de prospectiva que permitirá inducir qué métodos está efectivamente introduciendo el legislador, en qué sectores, las razones que justifican su adopción, las materias de libre disposición en Derecho administrativo, y, en fin, su verdadera naturaleza jurídica y eficacia.

El presente trabajo es más modesto y tiene por objeto el estudio del art. 107.2 de la Ley 30/1992, en la redacción dada tras su reforma por la Ley 4/1999, de 13 de enero, es decir, se trata del examen de las posibilidades de la instauración de procedimientos de impugnación alternativos a los recursos administrativos, y su aplicación al ámbito de la revisión de la actuación de las Entidades Locales. En suma, se trata cabalmente de reflexionar acerca del art. 107.2, de los problemas que se concitan en la interpretación del precepto, de las peculiaridades que tales procedimientos –incluidos la conciliación, mediación y arbitraje– tienen aplicados a la revisión de los actos administrativos locales.

La gran innovación que la Ley 4/1999 de reforma de la Ley 30/1992 ha producido en materia de recursos consiste en haber reintroducido el recurso de reposición ahora con carácter potestativo para los actos que agotan la vía administrativa (art. 116), pues como confiesa la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 en el Punto V su establecimiento obedece sobre todo a la necesidad de atender a los problemas planteados en el ámbito de la Administración Local, cuyos actos, a tenor del art. 52.2 de la LBRL (art. 210 ROF, RD 2568/1986, de 28 de noviembre) causan estado. Para reflejar el recurso potestativo contra los actos de las Entidades Locales se ha modificado igualmente el art. 52.1 de la LBRL por la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases de régimen local y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local que queda redactado así: “Contra los actos y acuerdos de las Entidades Locales que pongan fin a la vía administrativa los interesados podrán ejercer las acciones que procedan ante la jurisdicción competente pudiendo no obstante interponer con carácter previo y potestativo recurso de reposición”. De tal manera que la reforma parcial llevada a cabo por la Ley 4/1999 ha supuesto la introducción de un nuevo párrafo segundo al art. 107.2 de la LRJ-PAC que se viene a añadir a la redacción primigenia del precepto, y que dispone:

“En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado.”

La primera y fundamental cuestión a resolver, y punto de partida de estas breves líneas, se centra en dilucidar si el precepto alude o posibilita sólo procedimientos de impugnación alternativos a los recursos administrativos ordinarios (alzada y reposición), o si, además, permite desarrollar fórmulas alternativas al recurso contencioso-administrativo, en particular el arbitraje como equivalente jurisdiccional.

II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Antes de pronunciarnos acerca de la verdadera naturaleza de los procedimientos de impugnación a los que se refiere el art. 107.2 y las posibilidades de un arbitraje a partir de la referencia que en el precepto se contiene, es preciso señalar sucintamente la doctrina del TC acerca de los condicionamientos constitucionales exigidos a los procedimientos alternativos en función de su naturaleza jurídica para su acomodo a la Norma Fundamental. Sólo así se construirá por el legislador sectorial al que se remite el art. 107.2 un andamiaje sólido para desarrollar los procedimientos alternativos de resolución de conflictos entre Administración y ciudadanos.

A) La constitucionalidad de las vías administrativas previas

Recordemos que según doctrina reiterada del TC las vías administrativas previas son compatibles con la Norma Fundamental. En efecto, este Tribunal ha reconocido que el establecimiento de tal vía supone la creación de ciertas dificultades en el acceso a la jurisdicción ordinaria (STC 21/1986, de 14 de febrero, FJ 2º). Pero ha manifestado también, que no hay que olvidar que la Constitución encomienda a la Administración pública un conjunto de tareas y funciones que requieren una especial regulación, correspondiendo a la ley la fijación de las condiciones que hagan posible tanto el cumplimiento de tales tareas como la garantía de los derechos de los ciudadanos (...) supone, ciertamente, una mayor dificultad para acceder a la jurisdicción, puesto que cierra la posibilidad de plantear directamente la reclamación ante el Juez. Pero ello no significa que sea un requisito contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que cumple unos objetivos que se consideran razonables e incluso beneficiosos para el desenvolvimiento de los mecanismos jurisdiccionales en su conjunto. La reclamación administrativa previa se justifica, especialmente, en razón de las especiales funciones y tareas que la Administración tiene encomendadas por el ordenamiento constitucional. Retrasa, indudablemente, el acceso a la jurisdicción, pero, al estar debidamente justificada, no es una exigencia contraria al art. 24.1 de la Constitución. (SSTC 60/1989, de 16 de marzo; 355/1993, de 29 de noviembre; 70/1992, de 11 de mayo, 65/1993 de 1 de marzo; 120/1993, de 19 de abril; 122/1993, de 19 de abril).

En cambio, otro es el parecer por lo que se refiere al requisito de una “petición” o “solicitud inicial” exigida con anteriori-

LA CUESTIÓN A RESOLVER SE CENTRA EN DETERMINAR SI EL NUEVO ARTÍCULO 107 LRJ-PAC ESTABLECE LA POSIBILIDAD DE QUE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS PUEDAN SER SUSTITUIDOS POR OTROS PROCEDIMIENTOS DE IMPUGNACIÓN ALTERNATIVOS AL DE ALZADA Y REPOSICIÓN, O SI, ADEMÁS, PERMITE DESARROLLAR FÓRMULAS ALTERNATIVAS AL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, EN PARTICULAR, EL ARBITRAJE

dad a la interposición de esa reclamación administrativa, o en otros términos, la doble instancia administrativa obligatoria. Pues como ha afirmado el TC:

“(…) esa finalidad, que se acomoda a las exigencias del art. 24.1 de la Constitución queda perfectamente cumplida con una sola reclamación, cuya denegación debería abrir ya la vía jurisdiccional. La exigencia de una petición previa a la reclamación administrativa, aunque pueda tener esa finalidad preventiva, aparece más bien como un instrumento para retrasar el acceso a la jurisdicción del trabajador solicitante” (STC 60/1989, de 16 de marzo, FJ 6°).

Amén de las justificaciones generales expuestas reciben un plusvalor aquellas vías previas que procuran una solución de la controversia por medios autónomos, propios de la autonomía colectiva y no jurisdiccional..., conocen de primera mano las características y necesidades del medio en el que operan y se desenvuelven (STC 217/1991, de 14 de diciembre, FJ 5°).

B) El arbitraje como equivalente jurisdiccional

El TC ha afirmado igualmente la compatibilidad con nuestra Norma Fundamental, en particular el art. 24 CE así como el art. 117 CE del recurso al arbitraje en su acepción estricta. Claro que cuando se trata de un genuino arbitraje de Derecho público además encuentra como obstáculo constitucional el art. 106 CE, sobre el que el TC no ha tenido ocasión de pronunciarse.

En efecto:

“(…) no cabe duda que el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1989, de 26 de enero, en el FJ 9º.b), es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del art. 149.1.5º y 6º, pues, siendo el arbitraje un ‘equivalente jurisdiccional’, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia” (STC 62/1991, de 22 de marzo, FJ 5°).

El arbitraje como equivalente jurisdiccional se basa en la libre aceptación de las partes, es pues, un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad (STC 43/1988, de 16 de marzo, FJ 5°), por lo que un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, sólo excepcionado por pacto expreso en contrario quebranta la esencia misma de la tutela judicial al tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella (STC 174/1995, de 23 de noviembre; STC 75/1996, de 30 de abril).

Por ello es característica del arbitraje que una vez elegida dicha vía el acceso a la jurisdicción legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral, y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4º). En consecuencia, la inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable de los laudos arbitrales (STC 288/1993, de 4 de octubre, FJ 3º). Por lo que trasladar las garantías del art. 24 CE con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del laudo es algo que, en principio, resulta extraño al TC, ya que carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo (STC 13/1997, de 27 de enero).

III. EL ARTÍCULO 107.2 DE LA LEY 30/1992. EL ADECUADO ENCAJE JURÍDICO DE LAS VÍAS ALTERNATIVAS PREVISTAS

Recordemos que el art. 107.2 preceptúa:

“Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado

La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades de resolución reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.”

Varias son las cuestiones que suscita la interpretación del art. 107.2 deteniéndonos en su aplicación a la Administración local: A) Naturaleza jurídica de los “procedimientos” de impugnación que se mencionan; B) La remisión a su regulación por Ley; C) El ámbito material en el que son susceptibles de aplicación; D) El condicionamiento concreto referido a la Administración local, relativo al respeto de las facultades decisorias reconocidas a los órganos representativos electos; E) Los órganos o comisiones arbitrales con referencia a la potestad organizatoria de los Entes Locales.

A) Naturaleza jurídica de los procedimientos “alternativos” mencionados y sus efectos jurídicos

La norma hace referencia a procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje para sustituir a los recursos ordinarios, tanto el de alzada como el

potestativo de reposición. Por consiguiente, alude de un lado, a procedimientos impugnatorios o recursos especiales, aunque no les reconozca tal condición porque se configuran en relación con materias o sectores específicos, y pueden fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico; y de otro, a métodos de solución de conflictos no necesariamente impugnatorios, como la conciliación, la mediación y el arbitraje. A simple vista, el art. 107.2 deja indeterminado el alcance y los efectos de esos procedimientos alternativos que menciona, no obstante, éstos pueden inducirse del parco régimen jurídico al que se someten.

En efecto, se hace mención a otras figuras que cabalmente no poseen carácter impugnatorio y que tienen naturaleza autocompositiva, como son la mediación y la conciliación. La esencia de la mediación consiste en que un tercero neutral trata de aproximar los intereses de las partes enfrentadas sin imponer una decisión. Las partes son responsables de buscar el equilibrio de intereses. Tiene el inconveniente de que la intervención del mediador no asegura la resolución del conflicto. Cabalmente, pues, la mediación no puede sustituir a recurso administrativo alguno, sino que más bien tendría cabida en el art. 88 de la Ley 30/1992, relativo a la terminación convencional del procedimiento. Su campo idóneo son las potestades discrecionales y cuando la Administración está sometida a Derecho privado, esto es, con toda seguridad las materias de libre disposición. En cuanto a la utilización de esta figura, destaca la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, cuyo art. 38 regula la posibilidad de nombrar un mediador entre la Administración y los sindicatos. En efecto, el art. 38 dispone que la Administración y sindicatos podrán nombrar de mutuo acuerdo un mediador o mediadores cuando no resulte posible llegar a un acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos. Por ende, un campo especialmente propicio lo constituye la materia de personal al servicio de la Administración.

Por su parte, la característica principal de la conciliación es la de reunir a las partes, pero en principio no se hace propuesta alguna. No es en puridad un procedimiento de impugnación o reclamación, como tampoco lo es la mediación¹. Mientras que la conciliación se configura como un presupuesto procesal, condicionada a un posible posterior procedimiento judicial o bien opera dentro del mismo, en cambio, la mediación puede operar en cualquier momento de una controversia, sin necesidad de la existencia o previsión futura de un proceso.

(1) En la provincia de Barcelona ha sido creado el Consorcio de Estudios, Mediación y Conciliación de la Administración local. De él depende la Junta de Mediación y Conciliación que tiene como misión:

a) La puesta en marcha de los arts. 38 y concordantes de la Ley 9/1987, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas (en versión dada por Ley 7/1990) cuando el conflicto afecta al personal sometido a una relación administrativa o estatutaria).

b) Arts. 63, 153 y concordantes de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando el conflicto afecta al personal sometido a una relación laboral, con los efectos sustitutorios previstos en los preceptos indicados en los casos que resulte preceptivo el trámite de conciliación, y previa sumisión expresa en el convenio colectivo al Consorcio de referencia. Los conflictos colectivos tanto plurales como individuales que se plantean en el ámbito de actuación de los Entes Locales de la provincia de Barcelona podrán ser objeto de mediación o conciliación ante este Consorcio.

Por consiguiente, carece de rigor el mantener formalmente la diferencia entre la conciliación y la mediación para seguidamente configurar ambas técnicas como sustitutivas de los recursos administrativos de alzada y reposición y, por ende, como vías previas al contencioso. En cualquier caso, la conciliación a la que se refiere el precepto es una conciliación preventiva o preprocesal, que es la que puede adquirir naturaleza de procedimiento de impugnación sustitutivo del recurso administrativo, y no la conciliación intraprocesal, cuyo fin es poner término anticipadamente a un proceso al que se refiere el art. 77 de la nueva Ley procesal administrativa, 29/1998, de 13 de julio (IJCA). Por cierto hay que tener en cuenta que el art. 460 LEC dispone que no se admitirán a trámite las peticiones de conciliación que se soliciten en relación con: “1º Los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas, y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o instituciones de igual naturaleza”. Igual prohibición dispone el art. 64 de la Ley de Procedimiento Laboral, RD-L 2/1995, de 7 de abril, al excluir del requisito de la conciliación previa los procesos que exijan la reclamación previa en vía administrativa.

En cuanto al arbitraje, la regulación establecida en el art. 107.2 no responde a la noción de arbitraje como equivalente jurisdiccional por varias razones. En primer lugar, porque los efectos jurídicos que se anudan a todos los medios alternativos mencionados se reconducen a los mismos efectos que los recursos administrativos tradicionales a los que sustituyen, alzada y reposición. Así pues, aunque el art. 107.2 no regula directamente los efectos de los métodos opcionales de solución de conflictos que menciona sí lo hace por vía indirecta, al enmarcar todas las fórmulas bajo las coordenadas de sustituir a los recursos bien de alzada o de reposición. De ahí que sus efectos jurídicos coincidan con los de la resolución de tales recursos. Por ende, queda con toda seguridad al margen de sus efectos la exclusión o sustitución total o parcial del recurso contencioso-administrativo. En segundo lugar, el propio precepto se refiere a los “principios, garantías y plazos reconocidos en la Ley 30/1992 a todo ciudadano e interesado en el procedimiento administrativo”. En tercer lugar, una de las características seguras del arbitraje *stricto sensu* es que se trate de materias de libre disposición (art. 1 de la Ley 36/1988, de Arbitraje) y aquí nos encontraríamos con la aplicación de un sistema de justicia convencional para resolver conflictos relativos a actos unilaterales, ejecutivos y dictados en el ejercicio de potestades regladas. La impugnación de actos administrativos siempre es una cuestión de legalidad y, por tanto, una materia

LA NOCIÓN DE ARBITRAJE INTRODUCIDA POR LA LEY 4/1999, NO RESPONDE A LA DE UN EQUIVALENTE JURISDICCIONAL, Y SÓLO TENDRÁ CABIDA EN LOS SUPUESTOS EN QUE LA ADMINISTRACIÓN HA ACTUADO CONVENCIONAL O CONTRACTUALMENTE, CUANDO HA RENUNCIADO AL EJERCICIO DE SUS PRERROGATIVAS PARA CONSEGUIR SUS FINES A TRAVÉS DE TÉCNICAS CONVENCIONALES

que no es de libre disposición por imperativo de los arts. 103 y 106 CE. Esta técnica tiene cabida en aquellos supuestos en los que la Administración no ha actuado de forma unilateral sino convencional o contractual, cuando ha renunciado al ejercicio de sus prerrogativas para conseguir sus fines a través de técnicas convencionales (vid. el art. 156 del Reglamento de obras, actividades y servicios de los Entes locales de Cataluña, Decreto 179/1995, de 13 de junio, que establece que los Entes locales procurarán que las personas, organismos y sociedades que dependan de ellos en la gestión de los servicios públicos se sometan a un sistema de arbitraje para la resolución de las reclamaciones que efectúen los ciudadanos respecto a la prestación de dichos servicios).

Es pues, absolutamente desafortunado dar un tratamiento aparentemente análogo a la vía previa de recurso administrativo y a la técnica del arbitraje.

1. De su carácter preceptivo o facultativo

Por lo que respecta a los recursos especiales y a los demás procedimientos de solución de controversias que se mencionan en el art. 107.2 se plantea la cuestión de si poseen un carácter preceptivo, o por el contrario, facultativo. Hay que partir del dato de que la norma los configura como métodos sustitutivos ya sea del recurso de alzada ya del recurso de reposición, por lo que la solución más sencilla pasa por configurarlos con el mismo carácter que el recurso administrativo al que reemplazan. Quiere decirse que cuando el recurso especial o método alternativo sustituye al recurso de alzada que tiene carácter obligatorio para los actos que no ponen fin a la vía administrativa (art. 114 LRJ-PAC) tendrán el mismo carácter preceptivo, en cambio, cuando sustituyan al recurso de reposición, dado su carácter potestativo (art. 116 LRJ-PAC) deberían tener igualmente carácter facultativo. Y en efecto, ésa es la opción por la que parece haberse inclinado el legislador, toda vez que en el párrafo segundo del art. 107.2 se dispone: *“En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado”*.

En puridad, si de lo que se trata —como creemos—, es de reforzar las vías administrativas previas a la jurisdicción contencioso-administrativa para dotarlas de mayor eficacia y coadyuvar de este modo a la mejora de la justicia administrativa por la vía de evitar el pleito, debería primar la materia más que el estar apegado de manera mecánica al carácter preceptivo o potestativo del recurso al que se viene a reemplazar. Además, esta solución la confirma el art. 109.b) de la LRJ-PAC cuando dispone que ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el art. 107.2. En las vías administrativas previas no pugna con el art. 24 CE —como ha proclamado reiteradamente el TC— la imperatividad de la vía previa, la cuestión del carácter preceptivo o no de tales recursos especiales y procedimientos impugnatorios sustitutivos deben decidirse por la legislación sectorial por referencia a las características singulares de la materia sobre la que incidan. Estimo, incluso, que en principio debería mantenerse la obligatoriedad, pues es función esencial de este renovado recurso administrativo el descargar de trabajo a los Tribunales de Justicia, y para ello nada mejor que obligar a

reconsiderar a la Administración su posición a través de unos órganos técnicos, diferenciados de los de gestión, al margen de la línea jerárquica.

Otra cosa sería si se estuviera pensando en el arbitraje en sentido estricto, en cuyo caso pugnaría con el art. 24 CE sustituir el recurso administrativo tradicional imponiendo coactivamente el procedimiento arbitral, pues, como es sabido, el laudo arbitral únicamente puede ser recurrido por causas tasadas y específicas (art. 45 Ley de Arbitraje).

2. Del carácter cumulativo o alternativo a los recursos administrativos

Intimamente imbricado con lo anterior, se suscita la cuestión del carácter cumulativo o alternativo de los referidos procedimientos de impugnación al recurso de alzada y de reposición.

A nuestro entender, lo que sí vulnera el art. 24 CE es imponer preceptivamente dos instancias administrativas, esto es, un recurso ordinario (alzada o reposición) y un recurso especial u otro método de resolución de conflictos. Por ende, y en aras de la eficacia de la vía administrativa, nos inclinamos por su carácter alternativo, en base a que el propio precepto emplea el término “sustituir”. En otras palabras, allí donde se regulen estos procedimientos especiales, desaparecerá el recurso administrativo tradicional. Y en cualquier caso, si el legislador opta por su carácter cumulativo se debe ofrecer al ciudadano la posibilidad de elegir y no imponer cumulativa e imperativamente dos instancias administrativas. No obstante, esta segunda opción nos parece menos eficaz.

B) La remisión a la regulación por ley: Ley estatal *versus* Ley autonómica

El art. 107.2 contiene una remisión para su regulación concreta a las “leyes”, esto es, normas con rango de Ley, aunque no se excluye la colaboración reglamentaria. El precepto carece en principio de aplicabilidad directa de ahí la inutilidad de los mínimos condicionamientos que establece, al menos, por lo que se refiere al legislador estatal. Así lo confirma la Disposición Adicional Segunda de la Ley 4/1999, que ordena al Gobierno remitir a las Cortes Generales “el proyecto o proyectos de ley que resulten necesarios para regular los procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje sustitutivos de los recursos de alzada y de reposición”, proyecto que en estos momentos ha iniciado su fase de estudio. De ahí que la regulación mínima que contiene el art. 107.2 sólo puede tener cierta virtualidad con relación a las posibles Leyes autonómicas sobre la materia. Esto nos traslada de inmediato a la cuestión del juego entre la Ley estatal y las Leyes autonómicas, es decir, el reparto constitucional de competencias en esta materia. Si se entiende que el arbitraje mencionado se configura como algo más que un medio sustitutivo del recurso ordinario (presupuesto que no estimamos correcto por las razones ya expuestas), es decir, como un equivalente jurisdiccional, se hace necesaria una regulación exhaustiva o de máximos del procedimiento arbitral general por parte del Estado, pues la materia incide en la competencia exclusiva del Estado en Administración de justicia y en la legislación procesal (art. 149.1.5° y 6°). En cambio, el desarrollo de los procedimientos alternativos a los recursos administrativos corresponde al Estado como norma básica por incidir en las bases del régi-

men jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18ª CE). Sólo el Estado puede, por tanto, desarrollar el artículo 107.2, como norma básica, corrigiendo el contenido normativo de este desacertado precepto, separando debidamente la institución arbitral de las vías administrativas previas al recurso contencioso-administrativo. Este carácter básico condiciona el ejercicio de la potestad legislativa de desarrollo de las CCAA en materia de procedimiento administrativo donde hay que evitar el riesgo de fragmentación de las garantías del procedimiento común en tantos regímenes de impugnación como procedimientos autonómicos se establezcan.

La aplicación del art. 107.2 a la Administración local plantea si inexorablemente ha de estarse a una norma con rango de ley del Estado o CCAA, o por contra, el propio precepto comentado constituye norma de cobertura suficiente para las EELL, de tal manera que puedan regular por sí mismas estos procedimientos alternativos (nunca el arbitraje jurisdiccional) y crear los órganos o comisiones en el ejercicio de su potestad de autoorganización. Para un sector doctrinal no hay inconveniente en que existiendo recurso administrativo un reglamento formalice el procedimiento que permita actuar a un órgano consultivo local, siempre que opere en el ámbito de la organización de la Administración local creadora.

A nuestro juicio, nada ha cambiado al respecto por la introducción del recurso de reposición potestativo. La Ley básica estatal en su art. 107.2 exige una Ley de cobertura que justifique el ámbito sectorial en el que se adopten tales procedimientos sustitutivos. Mas ello no prohíbe que puedan crearse órganos consultivos en el seno de los procedimientos, dado que el art. 107.2 impone dicha garantía formal de Ley sólo para que las resoluciones de tales órganos tengan al menos los mismos efectos jurídicos que la resolución de los recursos a los que sustituyen, por tanto para decidir sobre el fondo del asunto planteado, y no simplemente proponer o informar.

C) Ámbito material

El art. 107 dispone la sustitución del recurso de alzada y potestativo de reposición “en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique”.

Del art. 107.2 se infiere que deben fundarse en normas que aconsejen la sustitución del procedimiento de impugnación ordinario, sustitución que se limita a ámbitos sectoriales determinados.

Podemos plantearnos si es posible que estos procedimientos alternativos de resolución de conflictos no se limiten estrictamente a “sustituir a los recursos de alzada o de reposición”, es decir, si podrían sustituir a las reclamaciones previas a la vía civil y laboral reguladas en los arts. 120 a 126 de la LRJ-PAC. Dado el tenor literal del precepto, esta posibilidad está excluida. Además, el art. 107.2 diseña un marco que debe respetar el legislador autonómico, dado su carácter de ley básica, pero que no es vinculante para el

propio legislador estatal, que mediante leyes posteriores y en función a la eficacia probada de los procedimientos que desarrolle en sustitución de las vías administrativas previas tradicionales, podrá ampliar el ámbito material de dichos procedimientos hoy constreñidos al ámbito de la sustitución de los recursos de alzada y de reposición. En esta dirección, entiendo que una adecuada articulación de la conciliación en materia de personal al servicio de las Administraciones públicas, cualquiera que sea su vínculo, podría sustituir con éxito a la reclamación previa, hoy convertido en un mero requisito de acceso a la jurisdicción, para lo que habría que modificar el escollo de las prohibiciones actualmente vigentes en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 460 de la LEC y 61 del TRLPL).

También se puede indagar si pueden aplicarse tales métodos de impugnación alternativos mencionados en el art. 107.2 a los procedimientos que la propia LRJ-PAC excluye de su ámbito de aplicación. En concreto, esta cuestión suscita gran interés por lo que se refiere a la materia tributaria, especialmente a la materia tributaria local². Recordemos que el número 4 del art. 107 dispone: “Las reclamaciones económico-administrativas se ajustarán a los procedimientos establecidos por su legislación específica”. Y la Disposición Adicional Quinta (en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) ordena que los procedimientos administrativos en materia tributaria se rigen por la LGT, la normativa sobre derechos y garantías de los contribuyentes, por las leyes propias de los tributos y las demás normas dictadas en su desarrollo y aplicación. En defecto de norma tributaria aplicable, regirán supletoriamente las disposiciones de la LRJ-PAC. Como es sabido, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, ha modificado el sistema tributario local, alterando en lo que nos importa, el art. 14 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales (LHL) regulando en su extenso número 2 un recurso de reposición especial por razón de la materia y diferente en cuanto a su naturaleza preceptiva del recurso de reposición configurado en el art. 116 LRJ-PAC a resolver por el mismo órgano de la Administración activa

**QUEDAN FUERA DEL ÁMBITO
DE APLICACIÓN DEL
ARTÍCULO 107 LRJ-PAC
LOS PROCEDIMIENTOS
ALTERNATIVOS DE
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
QUE NO SE LIMITEN
ESTRICTAMENTE A SUSTITUIR
A LOS RECURSOS
ADMINISTRATIVOS
ORDINARIOS, ALZADA Y
REPOSICIÓN**

(2) A este respecto véase la propuesta que formuló el Grupo de Trabajo integrado por los profesores PAREJO ALFONSO, LÓPEZ MENUDO y PÉREZ MORENO, *Jornadas de Estudio sobre la Reforma de la Ley 30/1992. Jornadas celebradas en Sevilla los días 23 y 24 de febrero de 1997*, Anexo, MAP, BOE, Madrid, 1997, consistente en la adición de un párrafo 5 al art. 107 con el siguiente tenor literal: “Las Corporaciones Locales podrán atribuir la resolución de las reclamaciones económico-administrativas a órganos colegiados o comisiones específicas a que se refiere el párrafo 2 de este artículo. En las Corporaciones locales que no hicieran uso de esta facultad y, en todo caso, en las de población inferior a veinte mil habitantes, la resolución de las reclamaciones económico-administrativas corresponderá a las Diputaciones provinciales respectivas o a los órganos en quienes deleguen”. La propuesta partía de la reintroducción de la reclamación económico-administrativa en las Haciendas Locales así como el recurso potestativo de reposición. La propuesta se justificaba a la vista del éxito de notables experiencias, permitiendo generalizar la posibilidad de atribuir la resolución de los procedimientos económico-administrativos en la vida local a órganos *ad hoc*, a excepción de los municipios de menos de veinte mil habitantes en los que se atribuye esa competencia a las Diputaciones provinciales.

que haya dictado el acto que se impugna. La Ley 50/1998, también ha modificado en su art. 21 el art. 108 de la LBRL ordenando de manera imperativa que frente a los actos tributarios e ingresos de Derecho público locales “se formulará el recurso de reposición específicamente previsto al efecto en la Ley de Haciendas Locales”.

De nuevo aquí se consagra a nuestro entender una vía administrativa previa en materia tributaria local menos eficaz que en el resto de las Administraciones públicas, por cuanto el recurso de reposición preceptivo que se articula se resuelve por el mismo órgano que ha dictado el acto. En cambio, en la Administración del Estado y en las CCAA existe un procedimiento administrativo especial, las reclamaciones económico-administrativas, ante los Tribunales económicos-administrativos. Hubiera sido conveniente en aras de la eficacia y de la mayor garantía para los administrados haber aprovechado la ocasión de estas recientes reformas para haber introducido la posibilidad de procedimientos de impugnación o reclamación ante órganos separados de la Administración activa en materia tributaria local. Con todo, a la vista de la regulación existente consideramos que no es posible la introducción de los procedimientos a los que se refiere el art. 107.2 en materia de revisión de los tributos locales.

D) El respeto a las facultades decisorias reconocidas a los órganos representativos electos

El art. 107.2 ahora tras la reforma en su párrafo tercero establece:

“La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por Ley.”

¿Cuál es la inteligencia de dicha previsión legal que se ha mantenido incólume pese a la reforma? Una interpretación literal del art. 107.2 de la LRJ-PAC en su redacción original suponía un escaso ámbito de aplicación a la Administración local dado que la Ley se refería en puridad a estos procedimientos como sustitutivos del “recurso ordinario”, recurso jerárquico frente a actos que no agotaban la vía administrativa, de poca trascendencia en la esfera local. Mas un sector de la doctrina propugnó con acierto a mi juicio una interpretación más flexible del meritado art. 107.2 proponiendo que la expresión “sustituir” referida al recurso ordinario debía entenderse en sentido amplio, comprensiva tanto de la noción “en lugar de” como “en defecto de”.

La previsión que se mantiene en el transcrito párrafo tercero del art. 107.2 constituye un homenaje a la autonomía local constitucionalmente innecesario, pues es compatible con controles administrativos de legalidad sobre los actos de las EELL máxime si se ejercen por órganos independientes, aunque externos a dicha Administración. Tal previsión ha provocado la crítica generalizada de la doctrina, dado que no hay contraposición entre principio democrático y principio de legalidad. A este respecto hay que recordar la jurisprudencia del TS con ocasión de las iniciativas normativas de algunas CCAA de reins-

taurar la reclamación económico-administrativa para los actos tributarios de las Corporaciones locales. El TS las rechazó por estimarlas incompatibles con la autonomía local y porque supondría el establecimiento de un régimen de desigualdad al someter a los Municipios del País Vasco a un régimen ya desaparecido para el resto de los municipios del Estado (STS de 3 de abril de 1990, Ar. 2883, relativa al art. 161 de la “Norma Foral General Tributaria del Territorio Histórico de Vizcaya” de 1986, FJ 6º; STS de 11 de abril de 1990, Ar. 4921).

Puede tratarse de una desafortunada extrapolación del art. 69.2 en la LBRL según la cual las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones locales establezcan en el ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados en la LBRL. Desde este punto de partida, tal límite sólo tiene sentido cuando es la propia Corporación local la que, en ejercicio de su potestad de autoorganización –tal y como han efectuado de hecho algunos Ayuntamientos–, se dota de específicos órganos, funcionalmente independientes, para la instrucción de los recursos. Como quiera que sea, en nuestra opinión el legislador debería haber aprovechado la oportunidad de la reforma de 1999 –al formar parte esta materia del procedimiento administrativo común– para aclarar si a efectos de salvar las facultades directoras y decisorias que corresponden a las autoridades administrativas electas, estas vías alternativas han de configurarse necesariamente a la manera de una jurisdicción retenida, es decir, a través de órganos de mera propuesta o informe no vinculantes. A tenor del art. 107.2 entendemos que ello no tiene por qué ser así cuando se trata de recursos o procedimientos especiales de impugnación, dado que en estos casos las resoluciones de los órganos colegiados tendrán los mismos efectos jurídicos que la ley confiere al recurso de reposición (arts. 116.2 y 117). No lo ha entendido así el legislador en la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, cuyo art. 138.1 preceptúa: “Las Entidades locales, mediante acuerdo del Pleno, podrán crear órganos colegiados de composición técnica que conozcan e informen de los recursos y reclamaciones que se formulen contra sus actos y acuerdos en materia de gestión tributaria, sanciones, personal, urbanismo y acción social. La resolución final corresponderá en todo caso al órgano competente”.

La reserva que efectúa el art. 107 de no desconocer la facultades resolutorias, tiene sentido sólo precisamente en los procedimientos sustitutivos de conciliación, mediación y arbitraje para impedir que puedan ser impuestos a las Administraciones locales de manera coactiva, sin el asentimiento expreso de sus órganos representativos. La interpretación que explica mejor el sentido del precepto es que cuando en algún supuesto concreto un Ayuntamiento decida someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en lugar de resolverlas mediante la vía tradicional, el órgano representativo electo y que tiene atribuida la competencia, será también el competente para decidir someterse a arbitraje suscribiendo de forma voluntaria la cláusula arbitral.

E) De los órganos o comisiones arbitrales. Potestad organizatoria de los Entes Locales

No cabe duda que salta aquí a la palestra por su enorme importancia el dato organizativo, esto es, la adecuada composición de los órganos competentes en los procedimientos

no contenciosos de resolución de conflictos entre Administración y ciudadano, toda vez que del acierto en su composición dependerá de un lado su eficacia y de otro, la mayor garantía de los administrados.

El precepto hace referencia a “órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo”. Alude, pues, a órganos colegiados cuya regulación se contempla con carácter básico en los arts. 22 y ss. de la LRJ-PAC pues garantiza un régimen unitario aplicable a todas las Administraciones públicas. Sin embargo, la detallada regulación del los arts. 23, 24 y 25 sobre determinados aspectos relativos al Presidente, a los miembros y Secretario, así como el art. 27 dedicado a las Actas por su excesiva prolijidad y afectando al ámbito interno, han sido declarados inconstitucionales al invadir las competencias de desarrollo legislativo de las CCAA por la reciente STC 50/1999, de 6 de abril (FFJJ 7º y 8º).

Como directrices del régimen jurídico de los órganos colegiados que se prevén en el art. 107.2 el legislador destaca su competencia técnica, al estar vinculada su creación por la especificidad de la materia, y la independencia funcional, al exigir el no sometimiento a instrucciones jerárquicas. Tales elementos básicos han de coadyuvar a la garantía del acierto de la resolución y a su aceptación generalizada. Todo ello permite concluir que el art. 107.2 se refiere a órganos administrativos colegiados de composición arbitral.

En cuanto al diseño de tales órganos en el seno de la Administración local se suscita la alternativa entre su creación *ad hoc* para cada Administración local o la regulación de órganos arbitrales comunes a todas las EELL a nivel comarcal, provincial o autonómico. Es evidente la conveniencia de que para los pequeños municipios se creen órganos de ámbito supramunicipal a través de una norma con rango de ley, lo que excedería de la competencia autoorganizatoria local a tenor del art. 4.1.a) de la LBRL.

Especial mención merece la creación y ejemplar funcionamiento del *Consell Tributari de Barcelona* (Reglamento de 2 de marzo de 1988), que sin duda ha inspirado a los redactores del art. 107.2. Es un órgano colegiado especializado, en el que no existe relación jerárquica ni vinculación de sus miembros con la Administración, y sus miembros, de reconocida competencia técnica, son designados por Decreto del Alcalde. Cumple entre otras, la función de informar con carácter preceptivo la tramitación de los recursos administrativos en materia tributaria.

Depende de la potestad autoorganizatoria local que se reconoce en términos amplios en el art. 4.1 LBRL [arts. 4.1.a) y 119 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, ROF] desarrollado en el art. 20.c) de la LBRL (precepto modificado por Ley 11/1999), el cual establece como único límite al ejercicio de esta potestad el respeto a la organización determinada por esta Ley. Desde esta perspectiva, nada se opone a la actuación del Pleno creando un órgano municipal interno. El único escollo jurídico podía provenir del art. 20.3 (redacción antes de la reforma) al establecer que cuando se trate de órganos que

tengan como función el estudio, informe o consulta de asuntos que deben decidirse por el Pleno, todos los grupos municipales tendrán derecho a participar. Empero, dado que el órgano competente para resolver los asuntos que se someten al Consell tributari es la Alcaldía, no debe aplicarse lo dispuesto en el art. 20.3.

Desde el punto de vista de las funciones que tiene encomendadas destaca el informe preceptivo en la tramitación de los recursos administrativos en materia tributaria. Desde esta perspectiva nos situamos ante la potestad municipal para incidir en el procedimiento administrativo. Por ende la pregunta es si puede alterarse el procedimiento de resolución de los recursos administrativos locales a través de un Reglamento municipal. Entendida la noción de “procedimiento administrativo común” como principios informadores del cauce procedimental indisponible que aseguran un tratamiento sustancialmente uniforme a todos los administrados, puede ser alterado si se aumentan las garantías de los ciudadanos y no se rompe el esquema procedimental común. Esto es lo que cabalmente sucede cuando se introduce el dictamen jurídico de un órgano independiente, pues constituye una mayor garantía de acierto en la resolución del conflicto planteado. En definitiva, puede reconocerse la validez de una norma local que incide en la tramitación del recurso administrativo en materia tributaria ampliando las garantías del recurrente y respetando la estructura sustancial del cauce procedimental a través de un órgano complementario de carácter consultivo. En cualquier caso, la nueva redacción dada al art. 20 LBRL por la Ley 11/1999, de 21 de abril, parece haber ampliado el ámbito de la potestad organizatoria para la creación de órganos complementarios, pues, al margen de los órganos complementarios de los estrictamente preceptivos [art. 20.1.d)] (ahora se establece la obligatoriedad de los órganos de estudio, informe y seguimiento de la gestión del Alcalde o del Presidente y de sus órganos delegados en los Ayuntamientos de los municipios con más de 5.000 habitantes y en las Diputaciones provinciales) se añade un número 3 al art. 20, según el cual los propios municipios en los Reglamentos orgánicos podrán establecer y regular “otros órganos complementarios”.

V. REFLEXIÓN FINAL

La reforma parcial de la LRJ-PAC por la Ley 4/1999, ha supuesto la introducción del recurso de reposición con carác-

**CUANDO SE ESTABLECE QUE
EN EL ÁMBITO DE LA
ADMINISTRACIÓN LOCAL
LOS PROCEDIMIENTOS
SUSTITUTIVOS DE LOS
RECURSOS ADMINISTRATIVOS
NO DEBEN DESCONOCER
LAS FACULTADES
RESOLUTORIAS DE LOS
ÓRGANOS REPRESENTATIVOS
ELECTOS, LO QUE SE
PRETENDE ES IMPEDIR QUE
DICHOS PROCEDIMIENTOS
SEAN IMPUESTOS A LAS
ADMINISTRACIONES
LOCALES DE MANERA
COACTIVA, SIN EL
ASENTIMIENTO EXPRESO DE
SUS ÓRGANOS
REPRESENTATIVOS**

ter potestativo (art. 116) contra actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa, al objeto de remediar la difícil situación creada en el ámbito de la Administración local por la ausencia de todo recurso administrativo. En consecuencia, se ha modificado la redacción del art. 107.2 que ahora prevé la posibilidad de sustituir el recurso potestativo de reposición por otros procedimientos alternativos que menciona.

El art. 107.2 prevé de un lado, procedimientos sustitutivos de los recursos administrativos, cabalmente recursos especiales, y de otro, figuras autocompositivas como la mediación y la conciliación de índole no impugnatoria, y heterocompositivas, sometiéndolas a todas a un desafortunado régimen jurídico y efectos homogéneos: los relativos a los recursos a los que sustituyen. Por ende, la regulación que del arbitraje hace el legislador en el art. 107.2 supone un escollo insalvable para desarrollar en base a dicho precepto un verdadero arbitraje de Derecho administrativo, toda vez que en el contexto de la LRJ-PAC la mención al arbitraje sólo tiene sentido en cuanto alude a órganos de composición arbitral.

No estimamos acertado la regulación en una misma Ley de los procedimientos de impugnación alternativos a los recursos tradicionales y del genuino control arbitral de la Administración en base a las siguientes razones: se trata de métodos de solución de conflictos de naturaleza jurídica radicalmente distinta que hay que afrontar partiendo de títulos competenciales igualmente diversos, arts. 149.1.5ª y 6ª CE para el arbitraje como equivalente jurisdiccional, y 149.1.18ª CE para los procedimientos impugnatorios sustitutivos de los recursos administrativos tradicionales. Estos distintos apoderamientos constitucionales condicionan el nivel de desarrollo normativo posible por parte de la Ley estatal, pues el arbitraje *stricto sensu* requiere una regulación de máximos, presidida por la exhaustividad. En cambio, en la regulación de las vías previas alternativas a los recursos tradicionales el legislador estatal ha de limitarse a regular sólo las bases que garanticen un tratamiento común de los administrados, dejando un amplio campo para el desarrollo normativo de las CCAA. Con todo, el argumento de mayor peso a favor de una regulación separada del arbitraje como equivalente jurisdiccional proviene de que su establecimiento exigirá seguramente y con carácter previo, una modificación de la propia LOPJ que lo posibilite.

El conflicto interadministrativo local: novedades en la LRBRL y en la LJCA

ELOÍSA CARBONELL PORRAS

Profesora Titular de Derecho
Administrativo
Universidad Complutense de
Madrid

Sumario:

I. Legislación de régimen local y Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998. II. Legitimación de la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma. III. El requerimiento potestativo previo al recurso contencioso-administrativo. 1. Régimen común a los arts. 65 y 66 de la LRBRL. Similitud y compatibilidad con el art. 44 de la LJCA. 2. Requisitos del requerimiento para que suspenda el plazo del recurso contencioso-administrativo. **IV. Deber de comunicación del art. 56 de la LRBRL, ampliación de información y suspensión de los plazos.** **V. El proceso contencioso-administrativo. Reglas generales de la LJCA y régimen especial del art. 66 de la LRBRL. VI. Régimen extraordinario del art. 67 de la LRBRL.**

I. LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL Y LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 13 DE JULIO DE 1998

El Tribunal Constitucional ha señalado que los controles de legalidad (administrativos o judiciales) no vulneran la autonomía local constitucionalmente garantizada. A pesar de ello, como recuerda el propio Tribunal en la reciente Sentencia 11/1999, de 11 de febrero, el legislador básico estatal ha optado por un modelo judicializado de control. En efecto, de conformidad con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma controlan la legalidad de los actos y acuerdos locales impugnándolos ante los Tribunales contencioso-administrativos¹. A tal fin, la LRBRL legitima a dichas Administraciones, y prevé tres procedimientos diferentes de impugnación según el vicio en que incurre el acto o acuerdo local:

(1) Este modelo de control judicializado y de legalidad sólo es aplicable cuando las Entidades locales ejercen competencias propias. Respecto del ejercicio de competencias delegadas, la delegación regulará las técnicas de dirección y los controles de oportunidad, sin otro límite que el respeto a la potestad de autoorganización de los servicios locales, según disponen los artículos 7, 27 y 37 de la LRBRL.

a) El procedimiento general del art. 65, aplicable cuando las Administraciones superiores consideran, “en el ámbito de sus respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna Entidad local infringe el ordenamiento jurídico”.

b) El procedimiento especial del art. 66, que procede cuando los actos y acuerdos locales menoscaban competencias del Estado o de la Comunidad, interfieren su ejercicio o exceden de la competencia local, y se caracteriza por facilitar la suspensión jurisdiccional del acto local.

c) El procedimiento extraordinario del art. 67, que resulta de aplicación cuando la Entidad local adopte actos o acuerdos que atenten gravemente contra el interés general de España, y constituye el único supuesto que prevé la suspensión administrativa del acto local.

La redacción inicial de los preceptos indicados se altera por la Ley 11/1999, de 21 de abril, que, en desarrollo del llamado “Pacto Local”, modifica, entre otras, la LRBRL. Pero esta modificación no es la única de interés pues, como podrá comprobarse, las novedades más significativas surgen con la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Los cambios operados por la Ley 11/1999 pueden sistematizarse en dos sentidos: Por un lado, el legislador intenta solucionar los diversos problemas que se habían suscitado en el cómputo de los plazos y las distintas circunstancias que lo condicionan, e incorpora a la Ley lo previsto en el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales. A esta finalidad responden los cambios introducidos en los arts. 64, 65 y 67 de la LRBRL. Por otro lado, se redacta nuevamente el párrafo primero del art. 66 para remitir al procedimiento general del art. 65, de forma que, aunque se mantiene el régimen especial del art. 66, rige un mismo procedimiento previo al contencioso-administrativo, sea cual fuere la infracción del ordenamiento jurídico que se impute al acto local. Esta última sí constituye una modificación sustantiva –al menos, en apariencia–, pues la impugnación de los actos viciados de incompetencia no se condiciona por el plazo de quince días que se deducía de la redacción inicial del precepto.

En todo caso, debe tenerse presente que los artículos 63 a 67 de la LRBRL, además de constituir legislación básica del artículo 149.1.18ª, se dictan por el Estado en el ejercicio de su competencia en materia de legislación procesal –apartado 6º del mismo precepto constitucional–. Así lo ha sostenido con claridad el Tribunal Constitucional en las sentencias sobre la LRBRL (213/1989, de 21 de diciembre) y la Ley catalana de régimen local (331/1993, de 12 de noviembre), entre otras.

Cuando en 1985 se aprueba la LRBRL resultaba aplicable la derogada LJCA de 1956, que no contemplaba un régimen peculiar para los conflictos entre Administraciones Públicas. En ese contexto, la legislación local constituía un régimen especial, sobre todo al regular un requerimiento previo a la impugnación jurisdiccional y la suspensión del acto local

viciado de incompetencia. Sin embargo, en la actualidad, lo previsto en la legislación de régimen local debe interpretarse a la luz de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, no porque altere el régimen específico de impugnación de los actos locales, sino porque cambia la regulación del proceso contencioso-administrativo en general. En efecto, en relación con los actos y acuerdos locales y su impugnación por la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas, la LJCA de 1998 remite a lo dispuesto en la legislación de régimen local al regular la legitimación (art. 19) y los litigios entre Administraciones Públicas (art. 44). Pero es evidente que las novedades del proceso contencioso-administrativo afectan a la impugnación de los actos locales por las Administraciones superiores allí donde no exista especialidad en la legislación local, abriéndose nuevas cuestiones de interés como, por ejemplo, en relación con la iniciación mediante demanda, con el recurso por inactividad o actuación material, con la competencia de los Juzgados unipersonales, la regulación del procedimiento abreviado o la generalización del recurso de apelación en los litigios interadministrativos. De entre todas estas novedades, el nuevo régimen de medidas cautelares es sumamente relevante pues, al resultar aplicable cuando se impugne un acto local por el procedimiento general del art. 65, se proyecta sobre la distinción entre este procedimiento y el especial del art. 66.

II. LEGITIMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

El art. 63 de la LRBRL legitima a los miembros de los órganos colegiados que hayan votado en contra y a las Administraciones estatal y autonómica. De esta forma, y sin perjuicio de lo dispuesto con carácter general en la LJCA que la reconoce a los titulares de derechos e intereses legítimos, se consagra una legitimación especial, por razones estrictas de legalidad, para impugnar los actos y acuerdos de las Entidades Locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico –al menos respecto del procedimiento general del art. 65 y de los miembros que votan en contra².

El alcance de la legitimación depende del concreto vicio que se imputa al acto local y del procedimiento que resulte de aplica-

LAS NOVEDADES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO AFECTAN A LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS LOCALES POR LAS ADMINISTRACIONES SUPERIORES ALLÍ DONDE NO EXISTA ESPECIALIDAD EN LA LEGISLACIÓN LOCAL, APARECIENDO NUEVAS CUESTIONES DE INTERÉS COMO: INICIACIÓN POR DEMANDA, RECURSO POR INACTIVIDAD, PROCEDIMIENTO ABREVIADO, GENERALIZACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN LITIGIOS INTERADMINISTRATIVOS Y EL NUEVO RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES

(2) Vid., L. PAREJO ALFONSO, "Relaciones y conflictos en la Ley Básica de Régimen Local", *REALA*, núm. 238, 1988, págs. 1069 a 1070 y A. FANLO LORAS, *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, Madrid, 1990, pág. 457, así como mi colaboración en el Libro-Homenaje al Profesor Martín Mateo, actualmente en prensa, sobre "La impugnación de los actos locales por los concejales que votan en contra: fundamento y requisitos procesales".

ción. Ninguna duda plantea que el régimen del art. 67 está exclusivamente reservado a la Administración estatal a través del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma. La legitimación del procedimiento del art. 66, por su parte, comprendería a la Administración cuya competencia resulta afectada por el acto o disposición que se desea impugnar. Los problemas han surgido al interpretar el art. 65, concretamente la alusión que dicho precepto hace a las “respectivas competencias” de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma. Conceptualmente, puede coincidirse en que una legitimación general de la Administración del Estado para impugnar cualquier acto local en todo el territorio nacional y ante cualquier infracción del ordenamiento jurídico no se ajustaría a la asunción autonómica de la competencia sobre régimen local que, en teoría, comprendería el control. En tal caso, habría que entender que la Administración estatal podría impugnar cuando las Entidades Locales violen la legislación para la que es competente el Estado. Pero aplicar el planteamiento teórico no es nada fácil porque la interpenetración de los ordenamientos jurídicos estatal y autonómico que resulta de la distribución constitucional de competencias —sobre régimen local, otras materias del art. 149.1.18º e incluso sectoriales— lo dificultan³. Además, la íntima conexión entre la legitimación y el fondo del asunto entorpece un pronunciamiento claro y contundente sobre la primera antes de analizar el segundo. Del mismo modo, el principio *pro actione*, el pleno control de la sujeción al ordenamiento jurídico de las Entidades locales o el diferente alcance de la legitimación según se impugne por el procedimiento general del art. 65 o por el especial del art. 66, son argumentos esgrimidos por los Tribunales para defender, de hecho, una amplia legitimación de las Administraciones estatal y autonómica, sea cual sea el acto local viciado⁴.

III. EL REQUERIMIENTO POTESTATIVO PREVIO AL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Régimen común a los arts. 65 y 66 de la LRBRL. Similitud y compatibilidad con el art. 44 de la LJCA

El art. 65 de la LRBRL regula el régimen general de ejercicio del control sobre los actos locales por las Administraciones superiores. Este procedimiento resulta aplicable cualquiera que sea la infracción del ordenamiento jurídico. Dicho procedimiento también procede si el vicio es de competencia pues, como se ha indicado, la Ley 11/1999 modifica el párrafo primero del art. 66 precisamente para remitir al art. 65.

La característica fundamental del art. 65 es que permite que las Administraciones opten por interponer el recurso contencioso-administrativo directamente o formulen previa-

(3) Vid., A. NIETO, “Impugnación jurisdiccional de actos y acuerdos de las Entidades Locales”, RAP núm. 115, 1988, pág. 21

(4) Son numerosas las sentencias que expresamente se pronuncian en contra de la pretendida ausencia de legitimación porque la concreta Administración impugnante era incompetente. Vid., SSTs de 20 de febrero de 1996 (Ar. 1617); 14 de febrero de 1995 (Ar. 1569); 15 de marzo de 1993 (Ar. 2112); de 15 de diciembre de 1993 (Ar. 1069/1994); de 15 de junio de 1989 (Ar. 4387) y 28 de julio de 1987 (Ar. 7690). La excepción es la STS de 12 de julio de 1991 (Ar. 5591) que declaró la falta de legitimación de la Administración autonómica para impugnar la violación de la legislación estatal sobre el Impuesto Municipal de Solares.

mente requerimiento a la Entidad local autora del acto para que lo anule. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo es de dos meses según dispone expresamente el art. 46.6 de la LJCA para los litigios entre Administraciones Públicas. El plazo para formular el requerimiento es de quince días hábiles según el art. 65.2 de la LRBRL. El día inicial para el cómputo de estos plazos es el de la recepción por las Administraciones superiores de la comunicación del acto local en cumplimiento del deber impuesto en el art. 56.1 de la LRBRL.

Cuando la Administración estatal y/o autonómica, decide formular el requerimiento, el plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo se cuenta desde que se recibe la contestación de la Administración local al requerimiento, o desde que finaliza el plazo que a tal fin indicó la Administración requirente. Así lo señala el art. 65.3 pues, según la redacción de la Ley 11/1999, de 21 de abril, el plazo del recurso contencioso-administrativo no empieza a correr hasta “el día siguiente a aquel en que venza el requerimiento dirigido a la Entidad Local, o al de la recepción de la comunicación de la misma rechazando el requerimiento, si se produce dentro del plazo señalado para ello”. De esta forma, la Ley incorpora lo dispuesto en el art. 215.4 del ROF, precepto aplicado por la jurisprudencia⁵. La interrupción del plazo por la formulación del requerimiento es también el criterio del art. 46.6 de la LJCA si se formula requerimiento previo en los litigios interadministrativos. Por lo tanto, el día inicial para contar los dos meses será, como mínimo, el día que tenga entrada en el registro del órgano competente la contestación al requerimiento y, como máximo, el de finalización del plazo que tiene la Entidad local para contestarlo y que singulariza el requerimiento.

Por lo anterior y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 64 de la LRBRL que después se verá, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo es de dos meses desde que venza o, en su caso, se conteste el requerimiento, si se opta por esta vía, o desde que se ha recibido la comunicación del acto o acuerdo local, si se recurre directamente.

El art. 44 de la LJCA regula los litigios entre Administraciones Públicas e, inspirándose en el art. 65 de la LRBRL, prevé un régimen diferente y unos plazos distintos de los que rigen cuando los ciudadanos recurren. En efecto, prohibido en términos que no dejan duda el recurso administrativo en el conflicto interadministrativo, se generaliza la posibilidad de formular requerimiento previo al recurso contencioso-administrativo, con la finalidad de que la Administración requerida “derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material o inicie la actividad a que esté obligada”. El requerimiento deberá dirigirse al órgano competente mediante escrito razonado y formularse en el plazo de dos meses “contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido, o podido conocer el acto, actuación o inactividad”, y se entiende rechazado si no se contesta en el mes siguiente. El apartado 4 del precepto salva expresamente lo dispuesto en la legislación de régimen local que, en el art. 65 –y en el art. 67– prevé requerimiento de anulación en el plazo de quince días desde que se recibe la comunicación del acto o disposición local. Pero ¿quiere decirse con ello

(5) Vid., entre otras, STSS de 20 de mayo de 1998 (Ar. 4481), de 20 de febrero de 1996 (Ar. 1617), 15 de marzo de 1993 (Ar. 2112); de 9 de diciembre de 1992 (Ar. 9762), de 3 de enero de 1992 (Ar. 706) y de 12 de julio de 1991 (Ar. 5591).

que en ninguna hipótesis puede plantearse un litigio entre las Administraciones estatales y/o autonómicas con una Entidad local al amparo del art. 44? En mi opinión, no es —o no puede ser— éste el sentido del precepto, pues una respuesta afirmativa implicaría que una Entidad Local puede recurrir la actividad, inactividad o vía de hecho de la Administración estatal o autonómica que afecte o lesione la autonomía local [arts. 19.1.e) de la LJCA y 63.2 de la LRBRL], pero no podrían hacerlo las Administraciones superiores. Por ello, a mi juicio, el art. 44.4 de la LJCA determina la aplicación de lo dispuesto en la legislación local allí donde tiene sentido, es decir, cuando se impugna un acto local que ha sido debidamente comunicado por la Entidad correspondiente en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 56 de la LRBRL. Este deber explica que el art. 65 de la LRBRL imponga un plazo breve como el de quince días. Pero si una entidad local incurre en vía de hecho, no inicia la actividad a la que resulta obligada o incumple sus deberes legales —sobre todo el del art. 56—, la Administración de control, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el art. 60 de la LRBRL, podrá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa según el régimen general del art. 44 de la LJCA para los litigios interadministrativos. En tal caso, el plazo para formular el requerimiento, o para recurrir, será de dos meses, pues no resultaría exigible un procedimiento que parte del deber de comunicación de los actos y acuerdos locales a las Administraciones estatal y autonómica.

De conformidad con el art. 65, el requerimiento debe ser motivado, expresando la normativa que se estima vulnerada. Se trata del contenido sustantivo del requerimiento, que dependerá en cada caso del acto o disposición que se reputa viciado y que debe ser lo suficientemente explícito como para que la Entidad local conozca el vicio alegado y pueda rectificarlo. Esta misma idea está presente en el art. 44.2 de la LJCA que se refiere a “escrito razonado”. Su contenido sustantivo depende, por tanto, del concreto vicio apreciado por la Administración de control y las rectificaciones que la Entidad local debería introducir para salvar la legalidad del acto o disposición⁶.

El requerimiento se configura así como una vía específica para que la Administración requerida, recuperando sus potestades al respecto, corrija su decisión inicial, adecuándola al ordenamiento jurídico y, si fuera posible, se evite el proceso contencioso-administrativo que entablará la Administración de control si no es atendido. Esta finalidad debe tenerse presente al analizar su naturaleza jurídica. Algunos autores consideran que el requerimiento es similar al recurso administrativo⁷. Sin embargo, otros, como FANLO LORAS⁸, señalan de forma más convincente que se trata de una forma de revisar de oficio el acto local viciado distinta de las previstas con carácter general en la legislación de procedimiento administrativo común. El Derecho positivo confirma esta interpretación,

(6) Esta posibilidad se tiene en cuenta en el art. 70.2 de la LRBRL conforme al cual la entrada en vigor de las Ordenanzas, sin perjuicio de la publicación íntegra, no se produce hasta que haya finalizado el plazo para formular el requerimiento, es decir, quince días desde que se recibió por la Administración de control.

(7) Vid., F. GONZÁLEZ NAVARRO “El procedimiento administrativo de las Corporaciones Locales” en *Tratado de Derecho Municipal*, Madrid, 1988, I, págs. 485-486 y E. MALARET GARCÍA, “Comentario al art. 44” en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, REDA, núm. 100, pág. 393. Sobre las similitudes y diferencias con el recurso, puede verse I. SANZ RUBIALES, *El contencioso-interadministrativo*, Madrid, 1993, págs. 224 y ss.

(8) *Fundamentos...*, ob. cit., pág. 482.

pues el art. 53 de la LRBRL, al remitir a la legislación de procedimiento administrativo común la revisión de oficio de los actos locales, salva expresamente “las previsiones específicas contenidas en los arts. 65, 67 y 110 de esta ley”.

El requerimiento, al igual que el recurso administrativo, es un acto externo a la Administración autora de un acto que le permite a ésta volver sobre el mismo. Esta posibilidad también se abre con los procedimientos de revisión de oficio previstos en la Ley 30/1992. Sin embargo, el requerimiento, que se produce en las relaciones interadministrativas, responde al control de legalidad que la LRBRL atribuye a las Administraciones superiores y tiene como finalidad resolver el conflicto en sede administrativa o, al menos, que se concreten los términos en que el litigio se planteará ante los Tribunales. Por ello, como ya tuvimos ocasión de señalar, debería interpretarse con la flexibilidad necesaria para alcanzar dichos fines, sin sujetarlo a los requisitos formales y materiales que la Ley 30/1992 establece para los recursos o la revisión de oficio que, como regla, tienen en cuenta la posición jurídica de los interesados y el interés público⁹. Así, por ejemplo, debería facilitarse que se produzcan los actos de comunicación entre las Administraciones en conflicto que sean precisos para solucionar el enfrentamiento o que la Administración local suspenda cautelarmente el acto local mientras analiza si atenderá el requerimiento, sin que necesariamente deba aplicar los criterios de los artículos 104 o 111 de la Ley 30/1992. El único trámite que, en su caso, se exigiría, conforme al art. 215.3 del ROF, es la audiencia al interesado, aunque la reciente STS de 6 de febrero de 1998 (Ar. 2103) señala que el art. 65 de la LRBRL “no exige, para que el requerimiento que establece pueda producir su eficacia, que haya de darse traslado del mismo a las personas afectadas por el acto de la Entidad local a que el requerimiento se refiere. La prueba es que dicho requerimiento no es necesario para que la Administración del Estado pueda interponer recurso contencioso-administrativo (...)”.

Sin embargo, el carácter potestativo del requerimiento previo no facilita que se eluda o se concrete el objeto del proceso contencioso-administrativo. No sólo es posible recurrir directamente sino que la Administración de tutela podrá formular requerimiento de anulación contra parte del acto o disposición local, e

**EN EL PROCEDIMIENTO
ESTABLECIDO PARA
EL CONTROL DE LOS ACTOS
LOCALES POR LAS
ADMINISTRACIONES
SUPERIORES ANTE CUALQUIER
INFRACCIÓN DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO,
SE PERMITE QUE LA
ADMINISTRACIÓN SUPERIOR
OPTE POR INTERPONER EL
RECURSO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO
DIRECTAMENTE O FORMULAR
PREVIAMENTE
REQUERIMIENTO A LA
ENTIDAD LOCAL AUTORA
DEL ACTO PARA QUE LO
ANULE**

(9) Vid., mi trabajo “La impugnación de actos y acuerdos locales por la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma”, *Administración de Andalucía*, núm. 5, 1991, pág. 108.

interponer recurso contencioso-administrativo contra otra parte –STS de 16 de junio de 1997 (Ar. 5264)–. Esta posibilidad depende de que no haya transcurrido el plazo de dos meses, que no se suspendió respecto de lo que no se planteó en el requerimiento.

2. Requisitos del requerimiento para que suspenda el plazo del recurso contencioso-administrativo

Para que el requerimiento despliegue el efecto suspensivo del plazo para recurrir debe ser válidamente formulado, es decir, además del contenido sustantivo antes señalado, debe plantearse dentro de plazo, por el órgano competente y con indicación de un plazo para atenderlo. La ausencia de alguno de estos requisitos determinaría que los dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo comenzaron a correr cuando se recibió la comunicación del acto local¹⁰.

No obstante, debe tenerse en cuenta que inicialmente la LRBRL dejaba a cada Administración superior y para cada requerimiento concreto la fijación del plazo para que la Entidad local lo contestara. Por razones de seguridad jurídica, la jurisprudencia consideró que, si no se indicaba, faltaba un requisito esencial y el requerimiento no suspendía el plazo para recurrir¹¹. Sin embargo, la Ley 11/1999 introduce en el art. 65.1 un plazo máximo general de un mes, que debería jugar en la hipótesis de que nada se concrete en el requerimiento, que sí habría sido válidamente planteado.

En otro orden de consideraciones y aunque pueda parecer una cuestión menor –que no lo es dado el rigor jurisprudencial en la interpretación de los plazos de la LRBRL–, lo que no tiene ningún sentido es que el legislador establezca el plazo de un mes como máximo. El plazo podría ser de un mes pero también fijado en días y, en este caso, abrirse un debate que nada aporta sobre si, en tiempo real, es superior o inferior al mes. Por eso, hubiera sido preferible que la Ley 11/1999 incorporase al art. 65 de la LRBRL la regla general del art. 44.3 de la LJCA, esto es, que el requerimiento se entiende rechazado si no se contesta en el mes siguiente a su recepción. Así se habría evitado el problema analizado cuando el requerimiento no concreta un plazo para atenderlo, pero también las dudas que probablemente surgirán si se fija un plazo en días.

IV. DEBER DE COMUNICACIÓN DEL ART. 56 DE LA LRBRL, AMPLIACIÓN DE INFORMACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS

La legislación de régimen local, como se ha indicado, parte del deber que impone el art. 56 a las Entidades locales de remitir a las Administraciones del Estado y de la Comunidad Autónoma “copia, o en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos”. El día de

(10) Son numerosas las ocasiones en que los Tribunales han declarado la extemporaneidad del recurso porque la Administración de control confió en un requerimiento incorrecto que no interrumpió el plazo para recurrir. Vid., SSTs de 18 de julio de 1996 (Ar. 6197); de 25 de febrero de 1995 (Ar. 1724); de 20 de mayo de 1994 (Ar. 4430); de 20 de septiembre de 1993 (Ar. 6592), de 17 de enero de 1992 (Ar. 604); de 3 de enero de 1992 (Ar. 706) y de 27 de mayo de 1992 (Ar. 4301).

(11) Vid., SSTs de 23 de enero de 1996 (Ar. 213), de 3 de enero de 1992 (Ar. 706) y de 12 de julio de 1991 (Ar. 5591).

recepción de esta comunicación determina el inicio del cómputo de los plazos para requerir o recurrir, pues no rige la regla general de la notificación o publicación¹².

Aunque las normas de desarrollo autonómicas pueden concretar la documentación que debe remitirse en relación con determinados actos o disposiciones generales —sobre todo, relativos a tributos locales—, el deber del art. 56 de la LRBRL sólo se refiere a una copia, e incluso un extracto, que puede no ser suficiente para conocerlos adecuadamente. A este fin, el art. 64 de la Ley prevé que la Administración estatal o autonómica solicite más información, que deberá remitirse por la Entidad local en el plazo de veinte días hábiles. En tal caso, “se suspende el cómputo de los plazos a que se refiere el número 2 del art. 65 y el 1 del art. 67, que se reanudarán a partir de la recepción de la documentación interesada”, según especifica literalmente el último inciso del precepto en la redacción dada por la Ley 11/1999, de 21 de abril. De nuevo se incorpora a la Ley lo dispuesto en el art. 215.2 del ROF.

Esta petición de la Administración de control suspende el plazo para formular el requerimiento, que es de quince días en el supuesto del art. 65.2 y de diez días en el art. 67.1, reanudándose cuando se reciba la información solicitada. De esta forma, el requerimiento debe formularse en los días que resten, descontados los que transcurrieron desde que se recibe la comunicación inicial del acto local hasta que se pide la ampliación de información. Se trata de un plazo de caducidad con suspensión en su cómputo, lo que permite paliar la rigidez de la caducidad sin recurrir a un plazo de prescripción¹³. Lógicamente para que se suspenda el plazo para requerir, la petición de ampliación de información debe realizarse antes de que haya finalizado.

De lo anterior se deduce que evidentemente las Administraciones estatal y autonómica deben ser diligentes en sus funciones de control, y examinar las copias o extractos remitidos por las Entidades Locales, solicitar la mayor información que se considere oportuna y requerir con especial atención al cómputo del plazo de quince días en el procedimiento general del art. 65 de la LRBRL. Así debe tenerse en cuenta también en las normas distributivas de competencias, pues no será fácil actuar dentro de plazo si la recepción de la comunicación —y la petición de más información— y la formulación del requerimiento se atribuyen a distintos órganos administrativos.

Por último, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha condicionado el efecto interruptivo a que realmente sea precisa más información de la inicialmente enviada, lo que no sucede si la Administración de control conoce sobradamente el acto local, por ejemplo, porque se remitió el expediente completo, el texto íntegro del acuerdo y su documentación¹⁴.

(12) Vid., SSTs de 5 de diciembre de 1997 (Ar. 9577), de 23 de julio de 1996 (Ar. 574); de 18 de octubre de 1991 (Ar. 7571); de 25 de marzo de 1992 (Ar. 3391); de 20 de mayo de 1994 (Ar. 4430); de 21 de mayo de 1996 (Ar. 3983) de 9 de diciembre de 1992 (Ar. 9762) y de 19 de septiembre de 1996 (Ar. 6594). La STS de 10 de noviembre de 1997 (Ar. 8156) considera que el día inicial es el día que formalmente es conocido por la Administración, sea cual sea el motivo, pues del art. 56 de la LRBRL o puede deducirse que la comunicación deba realizarse con una determinada finalidad. En el supuesto de hecho, se trataba de la convocatoria de concurso-oposición enviada al Gobierno Civil para su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia.

(13) Como pone de relieve R. CABALLERO SÁNCHEZ, *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, Madrid, 1999, en especial págs. 138 a 141 y 319 a 320 los plazos de caducidad con suspensión no son muy frecuentes en la legislación administrativa pero son apropiados para abrir un tiempo muerto en supuestos de imposibilidad de ejercicio de la facultad, como ocurre en el caso ahora analizado.

(14) Vid., SSTs de 2 de abril de 1996 (Ar. 2933); de 21 de septiembre de 1993 (Ar. 6537) y de 17 de enero de 1992 (Ar. 604).

EL art. 64 de la LRBRL se refiere únicamente a la interrupción del plazo para requerir, pero el requerimiento es potestativo pues puede acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa. Cabe, por tanto, plantearse la siguiente cuestión: ¿Se suspende también el plazo para recurrir que se reanuda una vez recibida la información solicitada? A mi juicio, si es necesaria más información, también debe suspenderse el plazo de dos meses para interponer el recurso. Los plazos para requerir o para recurrir toman en consideración el momento en el que la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma conocen suficientemente el acto o acuerdo local que se reputa viciado —por eso se fija un plazo de quince días, y no uno superior como en el régimen general del art. 44 de la LJCA—, luego, si no se remitió la información o documentación precisa para ello, no podrá ni requerirse ni recurrirse. En tal sentido, la STS de 19 de septiembre de 1996 (Ar. 6694) señala que la solicitud de ampliación de información “interrumpe tanto el plazo de 15 días para requerir de anulación a tenor del art. 65. 2 como seguramente el plazo de dos meses para acudir al proceso contencioso-administrativo, pues, aunque eso último no esté dicho expresamente, las mismas razones existen en uno y otro supuesto”.

En consecuencia, el cómputo de los plazos se suspende hasta que la Administración de control conozca el concreto acto local cuya legalidad se cuestiona. Recibida la información solicitada y si la Administración desea impugnar —es posible que a la vista de la documentación remitida considere que el acto no está viciado— se reanuda el plazo para formular el requerimiento o para interponer el recurso contencioso-administrativo.

Pero, ¿qué ocurre si la entidad local no remite la información solicitada, que es imprescindible para conocer el acto local?, ¿cuándo se reanuda el cómputo de los plazos suspendidos?. Sin entrar ahora en el incumplimiento por la Entidad local de sus deberes ni en la violación de los principios generales que presiden las relaciones interadministrativas, podría considerarse que la reanudación se produce automáticamente cuando finalizan los veinte días que prevé el art. 64. Con esta interpretación, la Administración de control resultaría obligada a requerir o impugnar un acto local que no conoce suficientemente, aunque lo haya intentado, y es posible que sea plenamente ajustado a la legalidad. Por ello, es preferible, entender que los plazos no se reanudan hasta que dicha información se recibe, y la Administración superior podrá reiterar su petición de ampliación de la información¹⁵. En la hipótesis de que persistiera el incumplimiento de la Entidad local, es, a mi juicio, aplicable el régimen previsto en el art. 44 de la LJCA, pues la falta de información es similar a la ausencia de comunicación. A propósito de la estrecha relación entre el plazo de quince días y el deber del art. 56 de la LRBRL, la STS de 19 de septiembre de 1996 (Ar. 6594) pone de relieve que “puede ocurrir que la copia simple (por aparentar decir algo distinto a lo acordado, o por desfigurar lo decidido, o por parecer referirse a lo que no se refiere, etc.) esconda de tal forma lo que realmente dispone que haga imposible ni siquiera despertar la sospecha de la Comunidad Autónoma. Sin duda, en estos casos, habrá que suavizar el rigor de los plazos”. Más concreta, la STS

(15) Con este alcance, las SSTs de 20 de mayo de 1998 (Ar. 4481) y de 21 de mayo de 1996 (Ar. 3983) ponen de relieve que las Administraciones superiores podrán recordarle a la Entidad Local que debe remitirle la documentación solicitada y estos recordatorios no son el requerimiento de anulación que se formulará, en su caso, cuando aquella se reciba.

de 16 de junio de 1997 (Ar. 5264) señala que, si no se envía la información solicitada el plazo se cuenta desde la publicación.

En conclusión, si la Administración estatal o autonómica ignora el acto o disposición local por incumplimiento del deber de comunicación o del de ampliación de información, el plazo para requerir o recurrir es de dos meses desde la publicación de la norma o desde que se conozca o se hubiera podido conocer el acto, según dispone el artículo 44 de la LJCA. Este régimen general para los litigios entre Administraciones Públicas resulta también de aplicación cuando la Administración local incurra en vía de hecho o en inactividad.

V. EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. REGLAS GENERALES DE LA LJCA Y RÉGIMEN ESPECIAL DEL ART. 66 DE LA LRBRL

El párrafo segundo del art. 66 de la LRBRL incorpora dos particularidades cuando la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma impugnan un acto local porque menoscaba su competencia, interfiere su ejercicio o excede de la competencia local. Por un lado, prevé que la impugnación precise “la lesión o, en su caso, extralimitación que la motiva y las normas legales vulneradas en que se funda”. Por otro lado, si se solicita la suspensión del acto local, el Tribunal competente puede acordarla si la estima fundada en atención a “la integridad y efectividad del interés general o comunitario afectado” en el primer trámite subsiguiente a la presentación de la impugnación. La suspensión decretada puede levantarse en cualquier momento, en todo o en parte, a petición de la entidad local y oyendo a la Administración demandante, si deriva un “perjuicio al interés local no justificado por las exigencias del interés general o comunitario hecho valer en la impugnación”.

Este régimen no es aplicable cuando la Administración estatal o autonómica impugnen porque el acto local incurre en cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico, distinta de la competencial. En tal caso, no existe en la legislación local especialidad alguna, luego rigen las reglas generales del proceso contencioso-administrativo en la iniciación y en la suspensión del acto local, como expresamente dispone el art. 215.6 del ROF y entiende una jurisprudencia consolidada¹⁶.

(16) Los Tribunales han puesto de relieve en numerosas ocasiones que ninguna peculiaridad procesal se prevé en el procedimiento impugnatorio del art. 65. Concretamente respecto de la suspensión del acto local, rigen los mismos criterios que cuando recurren los particulares. Los problemas que surgieron a propósito del art. 122 de la derogada LJCA también afectaban al contencioso interadministrativo local. Vid. entre otras, las SSTs de 23 de octubre de 1996 (Ar. 7380); de 29 de abril de 1996 (Ar. 3446) y de 15 de noviembre de 1996 (Ar. 8545) así como los AATS de 8 de octubre de 1991 (Ar. 8368), de 1 de julio de 1994 (Ar. 5514), de 19 de julio de 1993 (Ar. 5468) o de 9 de noviembre de 1993 (Ar. 8326).

**SE MANTIENEN LAS
ESPECIALIDADES DEL
PROCESO CUANDO SE
IMPUGNA UN ACTO LOCAL
VICIADO DE COMPETENCIA
PERO NO SON TAN RELEVANTES
CON LA NUEVA
REGULACIÓN GENERAL DEL
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

El diferente tratamiento procesal según cual fuera el vicio que se imputaba al acto era sustancial en la anterior LJCA, sobre todo por el régimen específico de suspensión del art. 66. Sin embargo, su relevancia es menor en la actual Ley, fundamentalmente porque el proceso puede iniciarse con la demanda y porque el régimen de medidas cautelares es suficientemente flexible. Lo paradójico es que cuando efectivamente el art. 66 era un régimen privilegiado, fue escasamente utilizado porque la impugnación debía realizarse en el plazo de quince días, y es el plazo lo que ha modificado la Ley 11/1999, de 21 de abril.

No es éste el lugar adecuado para estudiar estas novedades y, en particular, la regulación de las medidas cautelares en los arts. 129 a 136 de la LJCA y compararla detenidamente con lo previsto en el art. 66 de la LRBRL¹⁷. En principio, el art. 66 mantendría ciertas peculiaridades, al menos respecto del régimen común, si el acto local interfiere o menoscaba competencias estatales o autonómicas. Se prevé un escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo especial, en el que se concretará cómo afecta a la competencia estatal o autonómica el acto local impugnado, indicando las normas vulneradas. Su finalidad es parecida a la del art. 115.2 de la LJCA en relación con el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. Se trata de permitir que el órgano jurisdiccional aprecie desde el inicio si efectivamente está fundada la vía empleada, fundamentalmente para aplicar el régimen específico de suspensión, que es el que justifica esta exigencia¹⁸. La suspensión debe solicitarse cuando se impugne el acto local razonando la integridad del interés general o comunitario afectado – y no el criterio del art. 130.1–; se acordará en el primer trámite –y no en un proceso incidental según el art. 130.2– y se levantará, si lo pide la entidad local y tras oír a la Administración demandada, si se deriva un perjuicio para el interés local no justificado por las exigencias del interés general o comunitario.

VI. RÉGIMEN EXTRAORDINARIO DEL ART. 67 DE LA LRBRL

El art. 67 de la LRBRL es aplicable cuando una Entidad local adopte actos que atentan gravemente contra el interés general de España. Lo extraordinario del supuesto de hecho justifica, como señaló la STC 213/1989, de 21 de diciembre, que se trate de una atribución exclusiva del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma. Del mismo modo, explica que se admita la suspensión administrativa previa del acto local por decisión del Delegado del Gobierno que, además, adoptará las medidas necesarias para la

(17) Sobre las medidas cautelares en la LJCA de 1998 pueden verse los trabajos de C. CHINCHILLA MARÍN en el número extraordinario que esta Revista ha dedicado a la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y en los Comentarios dirigidos por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, Lex Nova, 1999, así como los de diversos autores en el número 100 de la Revista Española de Derecho Administrativo, 1998.

(18) Si el órgano judicial aprecia que no se ha producido el vicio competencial no suspenderá el acto impugnado con base en el régimen específico del art. 66, pero podrá adoptar, en su caso, la medida cautelar que se solicite en aplicación de las reglas comunes del proceso contencioso-administrativo, que son las que rigen cuando se recurre por la vía del art. 65. Ésta fue la solución jurisprudencial cuando se impugnaba un acto local viciado de competencia pero fuera del plazo de quince días que imponía la redacción inicial, pues lógicamente el vicio de competencia también es una infracción del ordenamiento jurídico. Vid., por todas, las SSTs de 5 de mayo de 1994 (Ar. 4315) y de 28 de marzo de 1996 (Ar. 2222). La excepción la constituye la STS de 10 de febrero de 1995 (Ar. 1674) que consideró que, si existía vicio competencial, debía recurrirse en el plazo de quince días, inadmitiendo un recurso interpuesto por el procedimiento general, conclusión que desde luego no es fácil de comprender ni puede compartirse.

protección de dicho interés general. La Ley 11/1999 ha modificado la redacción del precepto para regular los plazos que presiden esta extraordinaria vía de control.

El procedimiento es el siguiente: recibida la comunicación del acto o acuerdo local que suscita el conflicto, el Delegado del Gobierno debe plantear requerimiento de anulación al Presidente de la Corporación. Este requerimiento se diferencia del general del art. 65 pues no tendría carácter potestativo y se rige por unos plazos más breves¹⁹. Debe formularse en el plazo de diez días siguientes a la recepción del acuerdo e indicar un plazo para contestarlo no superior a cinco días; si el Delegado del Gobierno solicita ampliación de la información inicial, la Entidad local debe remitirla en el plazo máximo de cinco días hábiles, suspendiéndose también el plazo para requerir según el art. 64 de la LRBRL.

La suspensión del acto local no es automática ni obligatoria, pues debe acordarse expresamente por el Delegado del Gobierno en los diez días siguientes a la finalización del plazo indicado en el requerimiento, o desde la respuesta del Presidente, si es anterior. En principio, el criterio que debe presidir la suspensión es la necesidad de proteger el interés general de España que justifica todo el procedimiento. Si se ejerce la facultad de suspender, el Delegado del Gobierno debe impugnarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa en el plazo de diez días, aplicándose el procedimiento especial previsto en el art. 127 de la LJCA.

El art. 67 plantea también distintos problemas tanto en relación con la determinación del supuesto de hecho, el cómputo de los plazos, las medidas que puede adoptar el Delegado del Gobierno, pero, salvo error, no existe jurisprudencia al respecto. Podría pensarse que si en alguna ocasión el Delegado del Gobierno ha requerido a un Presidente de una Corporación Local por la vía prevista en este artículo, el Presidente ha acatado el requerimiento y anulado el acuerdo local. Sin embargo, parece más ajustado a la realidad pensar que, como vía extraordinaria de control, no ha sido empleada, y no parece previsible que lo sea, lo que resta interés al estudio detallado del precepto.

Por lo anterior, el control de las Administraciones estatal y autonómica se reconduce en la práctica al procedimiento general, aplicable ante cualquier infracción del ordenamiento jurídico, o al procedimiento especial, que procede si el vicio es de competencia. Este último, que facilita la suspensión jurisdiccional en los términos vistos y que ha sido escasamente utilizado hasta la Ley 11/1999 por la brevedad del plazo, puede abrir ahora nuevas perspectivas para un efectivo control de los actos y acuerdos locales que excedan de las competencias propias.

(19) El art. 67 de la LRBRL fija distintos plazos en días pero no precisa si son hábiles o naturales, como hace el art. 65 que expresamente indica que son hábiles. No obstante, a la misma conclusión se llega en aplicación de las reglas generales de los arts. 48.1 de la Ley 30/1992 y 185 de la LOPJ sobre el cómputo de plazos fijados en días.

El estatuto político de los cargos electos locales

ANTONIO DOMÍNGUEZ VILA

Secretario de Administración Local
Profesor Titular de Derecho
Constitucional
Universidad de La Laguna

Sumario:

I. Introducción. II. La legitimación democrática directa como fundamento constitucional de las piezas organizativas del Gobierno Local. 1. Adquisición de la condición de representante democrático de la comunidad local. 2. La convocatoria del Pleno de constitución de la Corporación. 3. Actos de la Mesa de Edad. La toma de posesión y el Juramento o Promesa. **III. El derecho al mandato del Concejal.** 1. Condiciones para el comienzo del mandato. A) La declaración de su patrimonio a efectos de incluirlo en el Registro de Intereses. B) La declaración de incompatibilidades. C) El mantenimiento de los derechos de una relación de empleo precedente. 2. Características del derecho al mandato. A) El mandato es representativo. B) Carácter voluntario del mandato. C) El mandato es gratuito. D) Es característico del mandato su temporalidad. **IV. Los Derechos y Deberes durante el mandato.** 1. Derechos políticos. A) Derecho a los honores y prerrogativas inherentes al cargo. B) Derecho a determinados nombramientos y funciones delegadas. C) Derecho/Deber de asistencia a las sesiones de los órganos municipales. D) Derecho a ejercer el control y fiscalización de la mayoría de gobierno municipal. 2. Derechos económicos de los miembros de las Corporaciones Locales. A) Retribución fija. B) Indemnizaciones. C) Dietas. 3. La responsabilidad de los miembros electos de las Corporaciones Locales. A) Responsabilidad política. B) Responsabilidad disciplinaria. C) Responsabilidad penal. **V. Excepciones a la duración del mandato. La suspensión y pérdida de la condición de Concejal. VI. Los derechos políticos colegiados de los cargos electos locales.** 1. Introducción. 2. Los Concejales y Consejeros y su integración necesaria en Grupos Municipales. A) La constitución de Grupos Municipales. B) Las alteraciones en los Grupos Municipales constituidos. 3. Participación en los órganos colegiados complementarios. A) Introducción. B) Participación en las Comisiones Informativas.

I. INTRODUCCIÓN

En el art. 1.2º de la Constitución se afirma que la soberanía nacional reside en el pueblo (SSTC 6/1981, FJ 3º y 63/1987, FJ 5º), el principio de legitimidad democrática es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política y que la soberanía popular, base de toda la estructura del Estado, se organiza jurídicamente en un cuerpo electoral, definido como el conjunto de los ciudadanos con derecho de sufragio activo, siendo éste el punto de intersección entre Sociedad y Estado¹. Por tanto el Estado, como poder de la soberanía popular y la organización del poder en las democracias, en esencia es representativo desde una doble perspectiva²: materialmente porque representa los diversos intereses sociales y económicos, la expresión política de la sociedad y, formalmente porque sus órganos decisorios de poder político se integran con representantes de los ciudadanos elegidos por éstos, mediante elecciones libres y competidas, por tanto el mandato, la representación política es representativa y no imperativa. Siguiendo a PÉREZ ROYO, las características esenciales de la representación política son las siguientes:

Primero: las instituciones representativas por excelencia son los órganos colegiados de legitimación democrática directa, Parlamentos y Plenos de las corporaciones locales.

Segundo: la representación política es el mecanismo de legitimación del poder.

Tercero: la representación es de los ciudadanos, basada en el principio de igualdad de todos ellos.

Cuarto: la representación representa a los ciudadanos al nivel de sus relaciones jurídicas generales con los entes políticos generales.

Quinto: la elección del representante es irrevocable hasta la finalización del mandato.

Sexto: el representante político tiene que rendir cuentas políticas de su gestión, independientemente de las jurídicas.

Esta participación política representativa³ no se ejerce únicamente en las democracias modernas a solo el nivel nacional. En los Estados de organización compleja se ejerce en diversos niveles territoriales, entre los que está el nivel de gobierno local⁴.

Este derecho a la participación política se extiende no sólo respecto al derecho al sufragio sino también al número de concejalías elegibles⁵.

(1) JAVIER PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 1996, págs. 319 y siguientes.

(2) JAVIER PÉREZ ROYO, *ob.cit.* págs. 336 y siguientes.

(3) Que se ha de distinguir de la participación política ejercida directamente por los ciudadanos, y reconocida fundamentalmente en el art. 23.1 de la CE. Ver sobre ello mi trabajo "El régimen constitucional de la democracia directa" en *Anales de Facultad de Derecho de Universidad de La Laguna*, 1997.

(4) JORGE DE ESTEBAN en *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I, pág. 450.

(5) Vid. VICENTE BOIX REIG, *El régimen jurídico de la organización municipal*, Ed. Trivium, pág. 114.

Estos principios se concretan en nuestra Constitución en el art. 1.1 como valor superior del ordenamiento —pluralismo político—, en el art. 6 que institucionaliza a los partidos políticos como necesario intermediario de la democracia representativa y el art. 9.2 como presupuesto de afección o imperatividad a los poderes públicos del valor superior del art. 1.1 y marco o presupuesto interpretativo de los Derechos Fundamentales, en el art. 23 que concibe la participación en los asuntos públicos como derecho fundamental de los ciudadanos, fortalecido por las garantías del art. 53, el art. 48 que quiere reforzar especialmente la participación política de la juventud y concretamente para la administración local, los arts. 140 y 141 establecen la función representativa en la elección de los órganos de gobierno de los municipios, islas y provincias. En este sentido, en la jurisprudencia del TC el derecho a la participación política en la democracia representativa se encuentra reconocido en las SSTC 63/1987, de 20 de mayo, y 161/1988, de 20 de septiembre, que expresa que las funciones de los representantes políticos comportan también el derecho a participar a través de la institución de la que forman parte⁶, así como anteriormente en las SSTC 51/1984, de 25 de abril, se expresaba que el derecho a participar en los asuntos públicos requiere un especial llamamiento o elección y 80/1994, de 14 de marzo, establecen la vinculación inescindible del derecho de acceso a los cargos públicos con el concepto de representatividad política. También la doctrina del TC ha definido el deslinde de este derecho fundamental respecto a lo que es la participación administrativa, así en las SSTC 212/1993, de 28 de junio, FJ 5º y 9/1995, de 17 de julio, donde se diferencia entre el derecho fundamental a la participación política como manifestación de la soberanía nacional que se ejerce por representantes del pueblo, de los otros títulos de participación administrativa que quedan fuera del derecho fundamental (art. 105 de la Constitución).

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA REPRESENTATIVA, COMO MECANISMO DE LEGITIMACIÓN DEL PODER EN QUE TODOS LOS CIUDADANOS SE VERÁN REPRESENTADOS EN SUS RELACIONES JURÍDICAS GENERALES CON LOS ENTES POLÍTICOS, NO SE EJERCERÁ ÚNICAMENTE A NIVEL NACIONAL, SINO TAMBIÉN A OTROS NIVELES TERRITORIALES, ENTRE LOS QUE SE ENCUENTRA EL NIVEL LOCAL

II. LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA DIRECTA COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LAS PIEZAS ORGANIZATIVAS DEL GOBIERNO LOCAL

1. Adquisición de la condición de representante democrático de la comunidad local

Todavía dentro del proceso electoral, el escrutinio y la proclamación de candidatos es el acto de constatación de la voluntad designadora del cuerpo electoral en ejercicio de los derechos

(6) ATC de 8 de marzo de 1996, Ar. 56/1996, FFJJ 4º y 5º.

fundamentales de los arts. 23 y 140 CE⁷. La Junta Electoral Provincial efectúa la proclamación y expide las credenciales para su constatación pública, con lo que ya se es Concejales, Diputado o Consejero Insular, se es cargo electo local con legitimación democrática directa lo que conlleva su inserción en la organización del gobierno local municipal.

Cuando hablamos del nivel de Gobierno Local (o de la Administración Local, como se intitula el Capítulo II del Título VIII de la CE), debemos distinguir como expresa el art. 140 y entre los aspectos políticos y administrativos correlatos de gobierno y administración local, o dicho de otro modo *Ayuntamiento-administración*, formado por el personal directivo y funcionarios, y el *Ayuntamiento-gobierno*⁸ compuesto por los Concejales, Diputados o Consejeros que conforman el Pleno y los demás órganos reconocidos legalmente, como el Alcalde, Presidente, la Comisión de Gobierno⁹...etc.

La Corporación local se constituye de la siguiente forma: se reúnen los concejales a los veinte días naturales de la celebración de las elecciones, treinta días en el caso de los Cabildos Insulares, o cuarenta si hubiera un recurso electoral, presidiendo la sesión una Mesa de Edad, ésta comprueba las credenciales que le han sido entregadas a la Secretaría General con anterioridad, y declara constituida la corporación, pasándose a continuación a la toma de posesión y la formalización de juramento o promesa de cada uno de los Concejales ante la Mesa de Edad. Este acto plantea varias cuestiones.

2. La convocatoria del Pleno de constitución de la Corporación

La convocatoria de esta sesión constitutiva, en primera convocatoria tiene que contar con la mayoría absoluta del número de concejales electos y en segunda convocatoria y dos días después —o sea, a los veintidós días de las elecciones— puede celebrarse con la concurrencia de cualquier número de concejales. Dicha convocatoria, según algunos autores¹⁰, la ha de realizar la Corporación saliente, en el marco de sus funciones de gestión ordinaria. Sin embargo la postura más adecuada, puesto que ya la Corporación anterior carece de legitimación democrática, desde la celebración de las elecciones, el escrutinio y la proclamación de concejales electos por la Junta Electoral Provincial, es que el Secretario General de la Corporación, órgano administrativo que garantiza la continuidad de las Corporaciones, sea quien ejerza la potestad de dicha convocatoria¹¹. Aunque la LOREG en sus arts. 195 y 201.4 al expresar taxativamente y en sentido conminatorio las Corporaciones municipales e insulares *se constituyen*, pretende exigir la responsabilidad a los concejales electos, para que se entiendan convocados ese día al objeto de constituir-

(7) LUIS MORELL OCAÑA, *El Régimen Local Español*, T.I. Ed. Civitas, pág. 493.

(8) Vid. sobre este extremo, RAMÓN MARTÍN MATEO “El Gobierno Municipal” en *REVL*, núm. 227, págs. 412 y ss.

(9) Así se desprende de los arts. 108.4 y 195 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

(10) L. MORELL OCAÑA, *op. cit.*

(11) Entiendo que no ha sido posible que se regulara de esta forma, dado los recelos de los legisladores del Régimen Local hacia los habilitados de carácter nacional, que se esmeraron en despojarles de cualquier atributo que pudiera otorgarles un papel institucional que les considerara algo más que simple personal al servicio de la corporación.

se en la nueva Corporación. Ahora bien alguien tiene que coordinar la organización exacta de ese acto y ajustar su celebración y el resto de los extremos protocolarios y administrativos necesarios. Por ello, aunque la convocatoria se entienda hecha por el ministerio de la Ley, el Secretario General, previa consulta con los cabeceras de lista, resulta el cargo institucional más adecuado para acordar la hora en que la misma debe de celebrarse y todos los pormenores del acto y así comunicarlo por escrito, con acreditación de su recibo, a todos los concejales en el momento en que éstos le presenten su credencial con anterioridad¹². Esta interpretación resulta más acorde con la función institucional de dicho funcionario, reconocida y potenciada por la reciente reforma de la LOREG 8/1999 que reconoce el papel de nexo entre lo político y lo administrativo que deben desempeñar los habilitados de carácter nacional¹³.

Este régimen general en alguna legislación autonómica ha sido más reglado. En el caso de Canarias (art. 111 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Administraciones Públicas Canarias) se expresa la obligación de los Concejales de comparecer el día señalado en la legislación electoral, a las once horas y previa la entrega de credenciales al Secretario General, proceder a la sesión constitutiva. Ello tampoco hace disminuir el papel del Secretario General que, debe coordinar todo el proceso e incluso, extremando su celo profesional, recordar por escrito, unos días antes a los Concejales electos la fecha y hora en la que han de estar presentes para la sesión constitutiva.

3. Actos de la Mesa de Edad. La toma de posesión y el Juramento o Promesa

A la Mesa de Edad, (cuyos actos como veremos a continuación, son actos administrativos sujetos a control jurisdiccional, actuando como fedatario público de los mismos el Secretario de la Corporación), compete en primer lugar, a la toma de posesión y juramento de los miembros de la corporación. Se plantea si la toma de posesión y juramento son requisitos o presupuestos necesarios para la adquisición del status de concejal. La Junta Electoral Central en numerosos acuerdos tiene establecido que no se pierde la condición de concejal electo por la no formalización de la toma de posesión ni el juramento, aunque la falta de los mismos impide el efectivo desempeño del cargo, en tanto no se formulen expresamente¹⁴.

En este sentido es interesante la construcción que hace MORELL OCAÑA¹⁵ traspolando la institución civil de la adquisición del dominio, la necesaria concurrencia del título y el modo. Para este autor el acta de nombramiento sería el título y la toma de posesión sería la *traditio* o el modo. Esta distinción entre el *ius* y *oficium*, expectativa o esperanza de derecho que significa el título o la elección, que no se concreta jurídicamente, no se materializa hasta la toma de posesión donde se transforma la expectativa en auténtico derecho. El cargo representativo cumplimiento del art. 23.1 de la Constitución, surge con la procla-

(12) En este sentido, "El Consultor" en el *Manual del Concejal*, pág. 79 e igual opinión sostienen CAZORLA PRIETO, en *Comentarios a la Ley Electoral General*, Civitas, y J. CASTELAO, en *Manual de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales*.

(13) Véase especialmente art. 197 LOREG, modificada por Ley 8/1999, de 21 de abril.

(14) Tampoco se pierde esta condición por la inasistencia al Pleno constitutivo. Así expresa la STS de 12 de febrero de 1992, Sala Tercera, Ar. 2252/1992.

(15) Op. cit., pág. 494.

mación por la Junta Electoral y se documenta con la expedición de la credencial, pero la materialización, el acto jurídico que habilita para el comienzo del ejercicio del cargo se compone de dos aspectos: primero, la toma de posesión y segundo, el juramento.

a) Respecto a la toma de posesión no se exige plazo, si no se realiza en esta constitución de la Corporación se puede hacer más adelante, aunque parece que si en un plazo prudencial no se realiza se puede entender, por la Corporación ya constituida que hay una renuncia tácita y procede operar el mecanismo de la sustitución. Dos requisitos previos a concurrir en los Concejales que acuden a la toma de posesión son la imposibilidad de tomar posesión quienes hayan sido condenados como deudores en la administración municipal por sentencia firme (art. 177 de la LOREG) y la resolución de cualquier incompatibilidad con el cargo de concejal (art. 178 de la LOREG).

b) Respecto al Juramento o Promesa, si bien para algún autor¹⁶ implica una declaración de compromiso de cumplimiento de los deberes del cargo, pero no de lealtad constitucional, comprometiendo solamente el ejercicio de los deberes del cargo de concejal en el estricto ámbito legal de su estatuto, por contra, se entiende que este compromiso es de lealtad con el orden constitucional y así se desprende de la fórmula establecida en el Real Decreto 707/1979, de 5 de abril, donde se expresa la necesidad de lealtad a la Monarquía Parlamentaria como forma política del Estado y observar y hacer observar la Constitución. Es fidelidad no sólo a la legalidad ordinaria sino a la constitucional en el sentido de aplicarla y exigir su aplicación como cabecera del ordenamiento vigente, ello cual no significa que se esté violentado la libertad ideológica del art. 16 de la Constitución, se exige un deber de lealtad constitucional al ordenamiento vigente, mientras éstas sea derecho vigente independientemente de las creencias políticas del electo. El orden constitucional no debe de admitir el ejercicio de cargos públicos por quienes no están dispuestos a mantenerlo¹⁷.

III. EL DERECHO AL MANDATO DEL CONCEJAL

Constituida la Corporación, corresponde el desarrollo de los derechos y deberes inherentes al estatuto político-jurídico del concejal. A modo de preámbulo o esquema de lo que se va a tratar, podemos escribir que existe un supraderecho o derecho marco al mandato, que se ve precedido del cumplimiento de una serie de requisitos previos para su comienzo. Derecho al mandato que se concreta en sus características de no imperativo, gratuito y temporal. Este primigenio derecho se multiplica durante el mandato, una serie de derechos y deberes que se concretarán en su transcurso en diversos, tales como: derechos, honores y prerrogativas del cargo, derecho a determinados nombramientos y funciones delegadas, derecho de información, derecho a ejercer la oposición y control del gobierno municipal, derecho y deber de asistir a las sesiones, derechos económicos, y luego, cerrando el sistema, (con las elecciones) a la duración del mandato, que supone la suspensión o la pérdida de la condición de concejal.

(16) MORELL OCAÑA, *op. cit.*

(17) Véase la doctrina jurisprudencial del TC en la STC 74/1991, de 8 de abril. Antes la STC 8/1985, de 25 de enero.

1. Condiciones para el comienzo del mandato

A) La declaración de su patrimonio a efectos de incluirlo en el Registro de Intereses

Conforme a los arts. 108.8 de la LOREG, y 75 de la Ley de Bases del Régimen Local, 7/1985 (en adelante LBRL) son dos los requisitos previos al comienzo del mandato. Uno la declaración de sus actividades públicas y privadas económicas que pudieran generar incompatibilidad con el ejercicio de su cargo de concejal y segundo o dos, la declaración de su patrimonio a efectos de incluirlo en el Registro de Intereses. Estos dos requisitos se desarrollan en el ROFRJEL en los arts. 30 a 32 y han de ser presentados antes de la toma de posesión. Para MORELL,¹⁸ no es impedimento de la toma de posesión pues los requisitos de ello están en la LOREG y no en la LBRL, sin embargo de contrario los acuerdos de la Junta Electoral Central entienden que impide la toma de posesión el no haber cumplimentado estas cuestiones, la STC 331/1993, establece el plazo para hacerlo. Es una obligación personal, no cabe su sustitución, constituyéndose el Registro de Intereses y el Registro de Incompatibilidades que son dos, no uno, con sólo las declaraciones de los interesados, debiéndose referir el primero a las actividades económicas que puedan proporcionar ingresos y que afecten al ámbito de competencias de la corporación y el segundo a los bienes o patrimonio del concejal, extendiéndose a su cónyuge si no existe régimen de separación de bienes, pero sólo a ésta no a los hijos, padres o socios. Sobre su carácter de registro público o no, la doctrina¹⁹ expresa que no es público, puesto que afecta a la intimidad de las personas, sólo puede tener acceso la Corporación, sin embargo, debemos de distinguir²⁰ entre Registro de Actividades Económicas a efectos de una posible incompatibilidad del art. 75.5 de la Ley de Bases del Régimen Local (modificada por Ley 9/1991, de 22 de marzo), que sí es público y cuyo acceso se encuentra regulado en los arts. 35 y 37 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y el Registro de Intereses, regulado en el mismo art. y arts. 30 a 32 del ROFRJEL, que exige un interés legal para el acceso al mismo y que debe de restringirse sólo a los miembros de la corporación²¹.

**CONSTITUIDA LA
CORPORACIÓN EL CONCEJAL
DEBE CUMPLIMENTAR LOS
REQUISITOS PREVIOS AL
COMIENZO DE SU MANDATO,
CONCRETÁNDOSE EL
CARÁCTER REPRESENTATIVO,
VOLUNTARIO, GRATUITO Y
TEMPORAL DEL MISMO.
POSTERIORMENTE,
DURANTE SU EJERCICIO SE
IRÁN CONCRETANDO UNA
SERIE DE DERECHOS,
HONORES Y PRERROGATIVAS
INHERENTES AL CARGO**

(18) Pág. 502.

(19) MORELL, OCAÑA, *op. cit.*, pág. 503.

(20) RIVERO YSERN, pág. 107.

(21) En este sentido RIVERO YSERN, *op. cit.*, pág. 108.

Ambos registros deben renovarse cuando se modifiquen las circunstancias o cuando se cese por el concejal, su custodia corresponde al Secretario General de la Corporación y a éste le incumbe informar cuanto antes a los concejales electos a los efectos de cumplimentar esta obligación por escrito antes de la toma de posesión.

La regulación del Registro de Intereses puede ser complementada por el Reglamento Orgánico de la Corporación o un acuerdo adoptado al efecto, por mayoría absoluta, así lo permite el art. 31 del ROFRJEL. No se comparte la opinión de MARTÍNEZ SÁNCHEZ²² acerca de su posible regulación por Ordenanza, pues no es ésta la finalidad de esta normativa reglamentaria [art. 84.1.a) LBRL].

B) La declaración de incompatibilidades

Valga aquí lo expresado anteriormente, además de que la LOREG en el art. 108.8 que para el acceso al cargo de concejal se es incompatible si se desempeñan determinados tipos de actividades o de nombramientos. En el Libro de Registros de posibles actividades incompatibles se aplica analógicamente la Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos, 12/1995, de 11 de mayo.

La STC 331/1993 declaró inconstitucional el someter a un plazo, posterior a la toma de posesión, las anteriores declaraciones²³.

C) El mantenimiento de los derechos de una relación de empleo precedente

Otro requisito previo al comienzo del mandato es la cuestión del mantenimiento de los derechos de una relación de empleo precedente a su consideración de concejal electo.

Aquí se debe distinguir entre personal funcionario y personal laboral. Respecto al personal funcionario, el art. 74 de la LBRL, y 178.2.b). 4 de la LOREG, distinguen, entre funcionario de la misma Corporación de la que se ha resultado concejal electo o si es de distinta administración²⁴. Si se es de la misma Corporación, cabe su inmediato nombramiento en la situación de servicios especiales²⁵. Si es de distinta administración, entra en juego la cuestión que se plantea en el art. 75.4 de la Ley de Bases, ya que sólo en el caso en el que se desempeñen funciones con dedicación exclusiva, se entrará en servicios especiales en la administración de procedencia, en caso contrario, no. Este punto se desarrollará más adelante en los derechos económicos. En este caso, incide el criterio de la Ley de Incompatibilidades de imposibilitar el ejercicio simultáneo de dos cargos o puestos públicos con dedicación similar.

(22) ALBERTO MARTÍNEZ SÁNCHEZ *La Organización y Funcionamiento Municipales*, Ed. Comares, pág. 97.

(23) Vid. también la STS de 23 de abril de 1993, Ar. 2737.

(24) MORELL OCAÑA, *op. cit.*, pág. 504.

(25) Vid. en este sentido la STS de 10 de junio de 1988, Ar. 4560, en la que se expresa que la trascendencia de esta causa de incompatibilidad en política y la frontal colisión de intereses que en la misma se produce desborda la de los demás funcionarios, haciendo que su solución deba ser taxativa.

Respecto al personal laboral al servicio de Administraciones públicas o del sector privado, el art. 42.6 del Estatuto de los Trabajadores, establece su declaración en excedencia forzosa.

No obstante lo anterior, los concejales que no estén en dedicación exclusiva podrán compatibilizar sus obligaciones laborales o funcionariales con las corporativas, permitiéndoseles el derecho a ausencia de su trabajo para el cumplimiento de las reuniones u obligaciones de su cargo (arts. 37.3 y 46.1 del Estatuto de los Trabajadores y art. 30.2 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Función Pública). La determinación de cuáles sean estas obligaciones están en el art. 75.4 de la LRBRL y el aspecto retributivo en el art. 74.1 del mismo texto legal, reformado por la Ley 11/1999²⁶.

2. Características del derecho al mandato

Cumplimentados los requisitos anteriores, surge el derecho al mandato, cuyas características son las siguientes.

A) El mandato es representativo²⁷

El derecho del art. 23.2 corresponde a los representantes de los partidos elegidos no a los partidos, existe un vínculo directo entre electores y elegidos, no obstante ello, tenemos un sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas, ya que el desarrollo legal del art. 23.2 en la LOREG parece que quiere, sin embargo, que el mecanismo representativo sea en grupo o vinculado al carácter del partido conforme al art. 6 de la Constitución. Sin embargo, la doctrina del TC ha entendido que la acción mediadora del partido no condiciona el mandato una vez elegido²⁸. En este sentido debería criticarse la jurisprudencia del TC, pues el problema no es el mandato imperativo del electo en su actuación que obedezca a la dirección del partido o grupo político municipal, sino el problema se plantea cuando se pretende proseguir como cargo electo fuera o apartándose del grupo político en el que fue elegido. A mi juicio no se incurriría en inconstitucionalidad con una modificación legal que vinculara de alguna manera la continuidad y plena disposición de los derechos en el cargo electo con la continuidad en la lista en el marco de la cual fue elegido, o alternatively la obligatoria adscripción a un Grupo municipal de no inscritos sin derecho a remuneración económica, máxime si se continúa con el sistema actual de listas cerradas y bloqueadas (algún avance se ha producido en la STC 31/1993, de 26 de enero²⁹). En todo caso los efectos perversos —el transfuguismo político— que ha ocasionado la inicial doctrina del TC podría animar a un cambio en su doctrina.

Recientemente se ha aprobado la reforma de aspectos esenciales del régimen local mediante la modificación de la LOREG por la Ley Orgánica 8/1999 [art. 197.1.a)], que en la nueva redacción permite que encabece la moción de censura constructiva como candidato a la Alcaldía, cualquier Concejál que lo haya aceptado expresamente, con lo que, no sólo se ignora la jurisprudencia del TC (STC 31/1993) respecto a la perversión

(26) En este sentido la STC 287/1994, de 27 de octubre.

(27) Conforme a la STC, Sentencias 5/1983 y 10/1983.

(28) MORELL OCAÑA, *op. cit.*, págs. 498 y ss.

(29) Vid. Comentario a esta Sentencia de J.F. LÓPEZ AGUILAR en *Actualidad Aranzadi*, núm. 100, de 1993.

que supone el que sea candidato a Alcalde, un Concejal que haya cambiado de grupo político por el que compareció ante el electorado, sino que se potencia el fenómeno del transfuguismo ya que no se exige ni siquiera que sea firmante de la Moción de Censura.

B) Carácter voluntario del mandato

Ello significa que se necesita una renuncia expresa para operar la sustitución del art. 182 de la LOREG. No es posible aplicar en estos casos la renuncia tácita por no asistencia a las sesiones.

C) El mandato es gratuito

En el art. 75.1 de la LBRL la condición de miembro, en sentido estricto, de las Corporaciones Locales tiene carácter gratuito y sólo es posible la indemnización de los perjuicios y gastos ocasionados por asistencia a órganos colegiados, cuando se adquiere un plus de representación por su integración en los órganos de gobierno.

Hasta ahora sólo por nombramiento como teniente alcalde, concejal delegado y cuando estos cargos se desempeñaban con dedicación exclusiva, se podía hablar de remuneración periódica en su devengo y fija en su cuantía al denominarse *retribuciones*. Sin embargo de acuerdo con la modificación de la LBRL operada por la Ley 11/1999, de 21 de abril, pasa a retribuirse, con el solo límite de lo previsto en la legislación de incompatibilidades, también la dedicación *parcial* al cargo electo. Esta innovación legislativa tiene una doble lectura, si bien por un lado la flexibilización operada introduce un elemento de confusión al equiparar dedicaciones al cargo político de muy distinta intensidad y sobre todo responsabilidad. El espíritu de la Ley es retribuir *el ejercicio del cargo* lo que implica que, a partir de la reforma habrá de evaluarse la intensidad de la responsabilidad parcialmente asumida. Pero por otro lado puede significar una incentivación para la participación política de empresarios, comerciantes y profesionales liberales, que no se verán impelidos al abandono de sus medios de vida para asumir responsabilidades como cargos electos, lo que contribuirá a la desprofesionalización de la función política y las facilidades que para la dedicación se conceden a funcionarios o personal asalariado.

D) Es característico del mandato su temporalidad

Conforme al art. 194 de la LOREG, al que remiten el art. 73 y el art. 6 del ROFRJEL el mandato es de cuatro años a partir de la elección. Lo cual, y hasta la toma de posesión de la nueva corporación, sólo se está en funciones de gestión ordinaria para garantizar la continuidad de la dirección política.

IV. LOS DERECHOS Y DEBERES DURANTE EL MANDATO

Estos derechos los podemos dividir entre derechos políticos y derechos económicos.

1. Derechos políticos

A) Derecho a los honores y prerrogativas inherentes al cargo

Conforme a lo previsto en los arts. 73.2 de la Ley de Bases, 19 y 27 del TRRL y 11 y 34 del ROFRJEL, que a su vez remite al desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas, este derecho se subdivide en:

1) derecho a las insignias, condecoraciones y medallas reconocidas para los miembros de la corporación;

2) el derecho al tratamiento;

3) la consideración de autoridad a los efectos penales. Conviene que nos detengamos en este punto. La delimitación de los conceptos de autoridad y funcionario público. Según el artículo 24.1 del vigente Código Penal, “a los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”.

Este artículo mantiene la tradicional referencia a los que por sí solos o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tengan mando o ejerzan jurisdicción propia, a los que se asimila a los funcionarios del Ministerio Fiscal. Pretender ofrecer una relación exhaustiva de todos los que tienen esa condición de Autoridad es tarea excesivamente prolija, y por eso es preciso tomar en su correcto significado las ideas de tenencia, individual o colegiada, de mando o jurisdicción propia, condición que se podría definir como la capacidad que tiene una persona o un órgano colegiado de ejecutar una potestad pública, ejecutiva o judicial, por sí mismo en un ámbito competencial objetivo y territorial, y no la tienen, en cambio, todos aquellos funcionarios que ejecuten la actividad de la Administración Pública o de Justicia pero sólo materializando la potestad del superior.

En cuanto al concepto de funcionario público, “se considerará tal todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas” (artículo 24.2 del Código Penal de 1995).

El Código Penal, por tanto, utiliza un concepto de funcionario más amplio, o mejor, diferente del que es válido para el dere-

EL CÓDIGO PENAL UTILIZA UN CONCEPTO DE FUNCIONARIO DIFERENTE DEL QUE ES VÁLIDO PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO. ESTO SIGNIFICA QUE ALGUNOS DE LOS SUJETOS QUE PUEDEN COMETER DELITOS DE FUNCIONARIO NO TIENEN LA CONDICIÓN DE TALES PARA EL DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

cho administrativo, según afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1991 (Ar. 6627/1991), y ello se aprecia desde el mismo uso de la expresión *se considerará funcionario público* y no la de *son funcionarios públicos*. Significa esto que algunos de los sujetos que pueden cometer delitos de funcionario no tienen la condición de tales para el derecho de la función pública, y un ejemplo paradigmático sería el delito de malversación impropia del artículo 435 del vigente Código Penal. Por lo tanto, el real alcance del concepto de funcionario en lo penal no puede deducirse de ese derecho, sino de la combinación o suma de criterios, visibles en el Código Penal y que la doctrina y la jurisprudencia resumen en las ideas de servicio de los entes y organismos públicos, sometimiento de la actividad al control del Derecho y orientación a las finalidades constitucionalmente propias de la Administración Pública. Se trata pues de un concepto nutrido por ideas funcionales de raíz jurídico-política y acordes a un concreto planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de ciertos bienes jurídicos, atribuir las condiciones de funcionario y autoridad conforme a unas funciones y metas propias del Derecho Penal y que sólo eventualmente pueden coincidir con las del Derecho Constitucional y el Administrativo (en este sentido es muy importante, por su extenso análisis, la STS del de 8 de octubre de 1990, Ar. 7916/1990).

B) Derecho a determinados nombramientos y funciones delegadas

Tras la tangencial e insuficiente referencia del art. 75.1 de la LRBRL a la posibilidad de desempeño de responsabilidades, sobre el de Concejal, pero desde la perspectiva económica y de incompatibilidades el ROFRJEL, en sus arts. 43 a 48 establece las posibles atribuciones a los concejales como **tenientes de alcalde o concejales, consejeros o diputados delegados**.

Estos nombramientos a los que se tiene derecho se pueden sistematizar en lo siguiente:

a) Derecho al nombramiento como teniente de alcalde o vicepresidente.

Conforme a los arts. 21.2 de la LRBRL, 22 del Texto Refundido y 23 del mismo texto, así como 46 del ROFRJEL, tienen derecho al nombramiento como tenientes de alcalde o vicepresidentes los concejales o consejeros que sean miembros de la Comisión de Gobierno, aunque esto debe modularse con la discrecionalidad del Alcalde o Presidente, en virtud del principio de confianza legítima que le otorga la potestad de elegir libremente a sus tenientes de alcalde, dando idea que son colaboradores más íntimos de la alcaldía, los colaboradores de su gobierno. Si los nombra antes de constituir la Comisión de Gobierno, deberán integrarse en ésta y si es después, sólo podrá nombrarlos entre los miembros de la Comisión; luego si quiere nombrar a un Concejal, Consejero o Diputado que no pertenezca a este órgano, deberá antes nombrarlo miembro del mismo. El orden de suplencia de los tenientes de alcalde o vicepresidentes también lo decide al Alcalde presidente, siendo su cese, por tanto, libre. Nada se dice respecto a la aceptación de los nombrados, pero si cabe la renuncia expresa, conforme al art. 46.3 del ROFRJEL también parece que debe existir una aceptación expresa. Este derecho a ser

nombrado podría convertirse en un deber, ya que el número máximo de concejales que pueden ser nombrados tenientes de alcalde es un tercio de la corporación y su misión, al ser órgano necesario, de sustitución del alcalde, puede convertirse, como se decía antes, en una obligación de no aceptar uno o varios concejales o consejeros el nombramiento conforme al art. 20.1.a) de la Ley de Bases. Sus funciones están detalladas en los arts. 23.3 y 76 de la Ley de Bases, 47 y 48 del ROFRJEL y 21 del Texto Refundido y esencialmente consiste en sustituir al Alcalde, aunque más que de una sustitución estamos ante una suplencia, que se produce, cuando la Alcaldía se encuentre vacante ya sea por ausencia temporal por enfermedad, vacaciones o viaje del titular del cargo. En este aspecto el ROFRJEL distingue entre ausencia del Alcalde por más de 24 horas o por menos de 24 horas, en este segundo caso no hay suplencia de funciones, salvo delegación expresa. Si es por más de 24 horas el teniente de alcalde es sustituto o suplente de la totalidad de las funciones, salvo mecanismo de delegación expresa³⁰. En este sentido BOIG REIX³¹ matiza que se ha producido un exceso en el ROFRJEL respecto a lo que establece la Ley de Bases.

b) Derecho a ser miembro de la Comisión de Gobierno.

c) Derecho a ser miembro de órganos de gestión desconcentrada, juntas de distrito, consejos sectoriales, juntas de barrio y otros que prevea la legislación autonómica.

d) Derecho a ser vocal en representación del municipio, mancomunidades u otras entidades de las que forme parte la corporación.

e) Derecho a ser representante del municipio en sociedades mercantiles de capital enteramente municipal o mixto o externas a la corporación en las que deba estar representada. Aquí se debe citar, sin poder extendernos en ella por la limitación del presente trabajo, la polémica sobre el derecho a la representación proporcional de los grupos políticos municipales en estos nombramientos.

f) Derecho a ser miembro de las Comisiones Informativas, generales y especiales que se constituyan, así como otros órganos complementarios de la Corporación.

g) Derecho al ejercicio de funciones delegadas.

Centrándonos en esta última, el ejercicio de funciones delegadas, puede ser de tres tipos:

a') Delegaciones de área, que a su vez se pueden dividir entre delegaciones de área con funciones de dictar actos administrativos de carácter resolutorio o delegaciones de área sin funciones resolutorias.

b') Delegaciones especiales, configuradas como aquéllas para un servicio incluido en una más genérica área, asunto o expediente o proyecto determinado. En esta no cabe capacidad para dictar actos resolutorios sino cuando se trate de asuntos o proyectos determinados que también podrá ser temporal (art. 43.4 ROFRJEL).

(30) MARTÍNEZ SÁNCHEZ, op. cit., pág. 72, entiende que existe en el ROFRJEL un exceso de desarrollo respecto a la LRBRL.

(31) Op. cit., pág. 72.

También cabe este tipo de delegaciones con un ámbito territorial, para un distrito o barrio del término municipal. En este caso el concejal delegado podrá asumir todas las facultades delegables el Alcalde.

c') Concepto de delegación. En la teoría de la organización político-administrativa, la delegación de funciones de gobierno y administrativas³², pretende la agilización de la gestión político-administrativa y la desconcentración del Alcalde en sus concejales de máxima confianza de alguna de sus competencias. El art. 13 de la Ley de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas, 30/1992, establece que la delegación interorgánica tiene su fundamento en la relación de confianza entre el Alcalde y los concejales de su lista electoral o coaligados, en base al principio de confianza legítima³³. Se puede delegar en los concejales, en su condición de tenientes de alcalde o de concejales delegados, pudiendo asumirse por éstos sólo las competencias que ostente el Alcalde, en virtud de los arts. 21 de la LBRL y 41 del ROFRJEL, no siendo delegables las competencias a las que se refiere el art. 21.3 de la Ley de Bases y el 71 de la misma Ley.

d') Clases de delegación. Pueden ser, por áreas, de áreas de gestión o específicas. Las de áreas de gestión pueden tener facultades decisorias o sin facultades decisorias de actos administrativos o resolución de expedientes. La delimitación de las áreas de gestión se producen previo acuerdo plenario o según tenga establecido en el Reglamento Orgánico, art. 45 del ROFRJEL. Las delegaciones especiales, a su vez se pueden dividir entre las que se establecen para un proyecto o asunto determinado, para un distrito o barrio y para determinados servicios específicos dentro de un área.

La formalización de la delegación se produce por Decreto de la Alcaldía, en el cual se deberá redactar pormenorizadamente su ámbito y facultades, debiendo expresarse en dicho Decreto su relación con otros concejales delegados de áreas, si los hubiere, y con los que son objeto de delegación especial estableciéndose los mecanismos de coordinación, superioridad y cooperación necesarios. Es preciso la expresa acepción por parte del Concejal Delegado y publicación en el Boletín Oficial de la Provincia.

C) Derecho/Deber de asistencia a las sesiones de los órganos municipales

La asistencia a las sesiones se configura como un elemento imprescindible, del derecho fundamental a la participación política de cargo electo democráticamente. Es un derecho inherente a la legitimación democrática que se ostenta. Para MORELL OCAÑA³⁴, es el derecho a participar en la formación de la voluntad del Pleno Corporativo, esto es, del Gobierno Local. Es un derecho de doble valencia, porque al mismo tiempo también es un deber. Conforme a los arts. 46, 47 y 68 de la Ley de Bases y 12 del ROFRJEL se le exige al cargo local electo también, bajo apercibimiento de sanción corporativa, la asistencia a los órga-

(32) Vid. ALBERTO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *La organización y el funcionamiento municipales*, Ed. Comares, págs. 63 y ss., en especial 68 y ss.)

(33) Para MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 68: "En un ayuntamiento sólo un tercio gobierna y el resto, los dos tercios restantes, o aprueban y apoyan lo que el gobierno local dice, o controlan y fiscalizan como oposición".

(34) *Op. cit.*, pág. 511.

nos municipales de los que forme parte. Siguiendo la sistemática adoptada por la doctrina se puede desarrollar en³⁵:

- Derecho a ser convocado, art. 80 del ROFRJEL.
- Derecho a conocer el orden del día, art. 80 del ROFRJEL.
- Derecho a disponer de expedientes y documentos, arts. 14 y 16 del ROFRJEL.
- Derecho a solicitar convocatorias de sesiones extraordinarias, art. 78 del ROFRJEL.
- Derecho a ocupar un escaño de la Sala, art. 81 del ROFRJEL.
- Derecho a solicitar que un asunto quede sobre la mesa, art. 92 del ROFRJEL.
- Derecho a intervenir en los debates.

Desde la perspectiva del deber regulado en el art. 72 del TRRL se concreta en la obligación de comunicar las ausencias que pueden implicar su inasistencia a las sesiones (arts. 72.2 del Texto Refundido y 12.2 del ROFRJEL) y la posibilidad de serle impuesta sanciones por la inasistencia, arts. 51 del Texto refundido y 18 del ROFRJEL. Las excepciones a este derecho y deber de asistencia son la abstención y la recusación reguladas con carácter general en la Ley de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas, y arts. 76 de la LBRL y 183 a 185 del ROFRJEL. El derecho/deber de asistencia se debe de extender no sólo a los órganos necesarios de la Corporación, como puede ser el Pleno, o Comisión de Gobierno si forma parte, sino a cualquier órgano para el que haya sido nombrado en la Corporación con carácter complementario como el caso de las Comisiones Informativas, regulándose en el art. 125 del ROFRJEL las suplencias de la asistencia a estos órganos³⁶.

D) Derecho a ejercer el control y fiscalización de la mayoría de gobierno municipal³⁷

Aquí se contienen un conjunto de derechos políticos que, en el caso de los concejales que apoyan al gobierno municipal, con-

(35) “El Consultor”, pág. 123. En el mismo sentido BALLESTEROS, pág. 136, o NASARRE, pág. 70, desarrollan el contenido de este derecho o deber.

(36) MARTÍNEZ SÁNCHEZ, op .cit., págs. 74 y 75.

(37) Se denomina mayoría de gobierno municipal, al Alcalde y el grupo de concejales que lo apoyan, pues Gobierno Local, con mayúsculas son todos los Concejales que forman la Corporación.

LOS DERECHOS DE LOS CARGOS ELECTOS LOCALES SE PUEDEN SISTEMATIZAR EN ECONÓMICOS Y POLÍTICOS. ENTRE ESTOS ÚLTIMOS SE DISTINGUEN LOS DERECHOS A LOS HONORES Y PRERROGATIVAS INHERENTES AL CARGO, A DETERMINADOS NOMBRAMIENTOS Y FUNCIONES DELEGADAS, A ASISTIR A LAS SESIONES DE LOS ÓRGANOS MUNICIPALES Y A EJERCER EL CONTROL Y FISCALIZACIÓN DE LA MAYORÍA DEL GOBIERNO MUNICIPAL

duce a garantizar su *status* de cargo electo no sujeto a mandato imperativo, aunque a quienes realmente garantiza sus derechos a ejercer el cargo y controlar y fiscalizar el gobierno municipal es a los concejales de la oposición política a la mayoría de gobierno.

a) Derecho a la información.

a') Concepto del derecho de acceso a la información de los ciudadanos en general.

Según el art. 105.b) de la Constitución, la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de fecha 8 de junio de 1981, ha tenido ocasión de declarar que la reserva de Ley que efectúa el art. 105 referido no tiene el significado de diferir los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que, en todo caso, sus principios son de aplicación inmediata.

El art. 23.1 de nuestra norma fundamental establece que los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, **directamente** o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

El art. 35 de la LRJ-PAC, dispone que los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos: a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos; (...) h) Al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en ésta u otras leyes. El art. 37.1 de la misma Ley establece que los ciudadanos tienen, asimismo, derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

El art. 156 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, dispone: "Constituyen derechos de todo ciudadano: b) El acceso a los expedientes y documentos municipales que les afecten personalmente o en los que estén interesados, siempre que no se vulnere el derecho de terceros. c) Obtener copias y certificaciones del Ayuntamiento, con la salvedad anteriormente señalada".

De acuerdo con el art. 70.3 de la LBRL, todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las Corporaciones Locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105.b) de la Constitución. La denegación o

limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada.

b') Requisitos de ejercicio del derecho. Según el art. 230.4 del ROFRJEL, las peticiones de información deberán ser razonadas, salvo que se refieran a la obtención de certificaciones de acuerdos o resoluciones que, en todo caso, podrán ser obtenidas mediante el abono de la tasa correspondiente.

c') Límites sustanciales. Los motivos de denegación de acceso a la información deben limitarse a los supuestos contemplados en los arts. 105.b) de la Constitución, 70.3 de la Ley 7/1985 y 37.2 y 3 de la Ley 30/1992, esto es, seguridad y defensa del Estado, averiguación de los delitos e intimidad de las personas y datos insertos en procedimientos sancionadores o disciplinarios, sin perjuicio de extender la limitación hecha a la intimidad de las personas a los derechos reconocidos en el art. 18 —al honor y propia imagen—, criterio que siguen los arts. 149.3.a) de la Ley Municipal de Régimen Local de Cataluña y 88 del Real Decreto 2568/1986 (respecto a la posibilidad de declarar secreto el debate y votación), dado que los derechos son ejercitables dentro de los límites en que su ejercicio no interfiera otro derecho (STS de 8 de noviembre de 1988).

El acceso a los documentos de carácter nominativo que no incluyan datos relativos a la intimidad de las personas podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo, de acuerdo con el art. 37.3 de la Ley 30/1992. El art. 37.4 de la Ley 30/1992 mencionada establece que el acceso a la información podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente (la Alcaldía, según veremos más adelante) dictar resolución motivada.

d') Concepto del derecho cualificado de acceso a la información de los miembros de la Corporación para el desarrollo de su función.

El art. 77 de la Ley 7/1985 dispone que todos los miembros de las Corporaciones Locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno, cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. El art. 14.1 del RD 2568/1986 se expresa en los mismos términos.

Del texto del art. 14.2 y 3 del ROFRJEL se deduce que dicha información debe solicitarse por escrito del Alcalde, puesto que opera el silencio administrativo positivo en caso de que el Presidente no resuelva en término de cinco días a contar desde la fecha de solicitud y la denegación debe ser motivada. Por tanto, quedan excluidos los funcionarios y los servicios administrativos locales para facilitar información directa, pues existe reserva competencial a favor del Alcalde.

No obstante, existe una excepción a este régimen general, contenida en el art. 15 del ROFRJEL, según el cual, sin necesidad de que el miembro de la Corporación acredite

estar autorizado, los funcionarios y los servicios administrativos locales están obligados a facilitar directamente la información a los miembros de la Corporación.

Esta excepción contiene tres apartados:

- Por razón de la persona. Aquellos miembros de la Corporación que ostenten *delegaciones o responsabilidades de gestión* tienen derecho a *información directa*.
- Por razón de pertenecer a órganos colegiados o de acuerdos ya adoptados. Los miembros de la Corporación tendrán derecho a la información y documentación de los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte. Asimismo tienen derecho a *información directa* de las resoluciones o acuerdos de cualquier órgano municipal, una vez adoptados.
- Por razón de la materia. Para todo el resto de materias, los Concejales, en el ejercicio de su derecho, se equiparan a los ciudadanos que ostentan el derecho de información de libre acceso, en los términos de los arts. 230 y 231 del RD 2568/1986, con la única distinción de que opera el silencio administrativo positivo en el término de cinco días a contar desde la fecha de la solicitud por escrito (art. 14.2 del ROFRJEL).

La doctrina del TC en la delimitación de este derecho, la STC de 20 de septiembre de 1988, referida expresamente al derecho de información de los cargos públicos, lo configura como derecho instrumental para el ejercicio de sus funciones, título específico para el desempeño del cargo; derecho individual a recabar, en la forma y con los requisitos que se establecen, información a la Administración, derecho que por venir integrado en el status propio del cargo está inserto y forma parte del derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 de la Constitución, y como tal no puede quedar sujeto a un control de oportunidad de la Administración sobre conveniencia o inconveniencia. El TC afirma que la denegación de información en consideración a que “su admisión podría llevar a una posible obstrucción de la labor de la Administración y en algunos supuestos se afectará a la intimidad de las personas” es infundada respecto a lo primero porque se trata de un control de oportunidad de la Administración que va más allá de su facultad de verificación formal, y respecto a lo segundo considera que el mero riesgo sin concretar no puede fundamentar la negativa y ello sin perjuicio del deber de la Administración de respetar las reglas que puedan tutelar, en cada caso, los derechos de terceros en la medida que resulten comprometidos en el asunto de que se trate.

La doctrina del Tribunal Supremo, en STS de 28 de septiembre de 1987, ante una petición en que solicitaba que “en lo sucesivo les sea permitido el acceso a cuantos antecedentes, datos e informes obren en poder de la Corporación sin imponer ninguna limitación ni tampoco condición que menoscabe de forma efectiva el pleno acceso a la documentación oficial del Ayuntamiento”, estima “que para obtener remedio jurisdiccional en el caso de que se les impida el ejercicio de tal derecho, se hace necesario que previamente se les haya negado ante peticiones concretas y determinadas y que el contenido de estas peticiones sea el que constituya el objeto del proceso, pues en otro caso éste se limitaría a prevenir eventuales agravios futuros o bien a enunciar contenidos propios de las normas jurídicas”. El tema habrá de centrarse en determinar en cada

caso si los datos solicitados son necesarios para la efectividad del ejercicio de sus funciones, debiendo individualizar en sus peticiones los documentos que se deseen consultar, concreción necesaria para saber si tienen acceso a ella por su condición y se solicitan y obtienen por el cauce adecuado.

e') El sujeto activo de este derecho, son los Concejales o Consejeros y Diputados provinciales, en su condición de miembros de la Corporación, precisando la información para el ejercicio de sus funciones, tanto de control y fiscalización como para la toma de decisiones. El TS, fielmente al tenor del art. 77 ("cuantos"), viene considerando como necesarios para el ejercicio de sus funciones, "todos" los antecedentes, datos e informes que obren en los servicios de la Corporación, al precisar conocer cómo se ha llevado a cabo la gestión de los intereses municipales, para luego seleccionar aquellos que puedan serles útiles al cumplimiento de las funciones que tienen encomendadas (Sentencias de 27 de junio y de 7 de diciembre de 1988). No se puede denegar dicho tipo de documentación por estimar que no se acredita interés en la misma. Así, la Sentencia de 7 de diciembre de 1988, ante la negativa del Alcalde de facilitar la información del Registro de Intereses por no haberse acreditado el "interés legítimo directo" que exige el art. 32 del ROFRJEL para tener acceso al mismo, reconoce la legitimación de los Concejales por su propia cualidad, que les pone en una situación jurídica concreta, respecto a la solicitud formulada y en cuanto a titulares de un derecho —el de información— e interés propio diferenciado del que puede tener cualquier ciudadano, para el cumplimiento de sus funciones legales de "control y decisorias", de modo que el interés que ostenta, aparte de ser legítimo, es directo —depende de que se le conceda la información para que pueda ejercer sus funciones—. La Sentencia de 27 de junio de 1988 concluye que no puede denegarse el examen de un expediente aprobado por la Comisión de Gobierno, por no ser miembro de dicha Comisión y no ser responsable del acuerdo adoptado, ya que no se trata de depurar responsabilidad sino de ejercer su función de control de cómo se va llevando a cabo la gestión por los órganos responsables.

f') El tiempo en que debe hacerse efectivo el ejercicio del derecho. Según los artículos 46.2.b) de la Ley 7/1985 y 84 del ROFRJEL, la documentación de los asuntos incluidos en el orden del día deberá estar a disposición de los Concejales desde el mismo día de la convocatoria en la Secretaría General de la Corporación. Se impone dicha obligación para que los miembros corporativos

EL TC CONFIGURA EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS CARGOS PÚBLICOS COMO UN DERECHO INSTRUMENTAL PARA EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES, SIEMPRE QUE SE EJERCITE EN LA FORMA Y CON LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS. NO PUEDE DENEGARSE SU EJERCICIO ALEGANDO UNA POSIBLE OBSTRUCCIÓN DE LA LABOR ADMINISTRATIVA NI VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

puedan tener conocimiento previo de las materias sobre las que hayan de decidir, y puedan hacerlo con pleno conocimiento de causa, lo que está en conexión con los plazos de la convocatoria. Según la STS de 5 de enero de 1988, el incumplimiento de dicha exigencia es causa de nulidad de pleno derecho, por haberse producido prescindiendo de una regla esencial para la formación de la voluntad de los órganos colegiados [art. 62.1.e) de la Ley 30/1992]. Respecto al resto de la documentación no se establece plazo alguno en que deba facilitarse, si bien, según la STS de 8 de noviembre de 1988, no ha de serles facilitada necesariamente en bloque, de forma que produzca efectos paralizadores para la Administración, sino que puede ofrecerse paulatina y progresivamente, aunque debe advertirse que una dilatación excesiva vulneraría el derecho de participación si impide o dificulta excesivamente su función, por impedir adoptar algún acuerdo por paso del plazo para ello.

g') Los límites. El art. 16 del ROFRJEL se expresa en los siguientes términos:

“1. La consulta y examen concreto de los expedientes, libros y documentación en general se regirá por las siguientes normas:

a) la consulta general de cualquier expediente o antecedente documentales podrá realizarse, bien en el archivo general o en la dependencia donde se encuentre, bien mediante la entrega de los mismos o de copia al miembro de la Corporación interesado para que pueda examinarlos en el despacho o salas reservadas a los miembros de la Corporación. El libramiento de copias se limitará a los casos citados de acceso libre de los Concejales a la información y a los casos en que ello sea expresamente autorizado por el Presidente de la Comisión de Gobierno.

b) En ningún caso los expedientes, libros o documentación podrán salir de la Casa Consistorial o Palacio Provincial, o de las correspondientes dependencias y oficinas locales.

c) La consulta de los libros de actas y los libros de resoluciones del Presidente deberá efectuarse en el archivo o en la Secretaría General.

d) El examen de expedientes sometidos a sesión podrá hacerse únicamente en el lugar en que se encuentren de manifiesto a partir de la convocatoria.

2. En el supuesto de entrega previsto en el apartado a) del número anterior, y a efectos del oportuno control administrativo, el interesado deberá firmar un acuse de recibo y tendrá la obligación de devolver el expediente o documentación en un término de máximo de cuarenta y ocho horas, o antes, en función de las necesidades del trámite del expediente en cuestión.

3. Los miembros de la Corporación tienen el deber de guardar reserva en relación con las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función, singularmente de las que han de servir de antecedente para decisiones que aún se encuentren pendientes de adopción, así como para evitar la reproducción de la documentación que pueda serles facilitada, en original o copia, para su estudio.”

La Resolución de la Dirección General de Administración Local de 27 de enero de 1987, que contiene la interpretación de los redactores del ROFRJEL en cuanto al derecho de acceso a la información de los Concejales, establece en su punto 8: “a) El acceso directo a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por órganos colegiados [artículo 15.b)] debe ser posible desde el momento en que dicha información y documentación obre en poder de la Secretaría del órgano correspondiente, conforme a un criterio análogo al contemplado en el art. 84 del propio RD, pero no tiene por qué hacerse extensivo a fases anteriores de tramitación de los asuntos o expedientes. b) La obligación de los servicios administrativos de la Corporación, en los casos del art. 15, de facilitar la información requerida por cualquier miembro de la Corporación, se entiende sin perjuicio de las normas u órdenes de funcionamiento interno de dichos servicios que haya podido establecer el Alcalde o Presidente como Director de la Administración de la Entidad Local y Jefe Superior de todo su personal, o por aquellos miembros de la Corporación que ostenten delegaciones en estos ámbitos”. Por tanto no pueden los funcionarios asumir la competencia de información directa, que está reservada a la Alcaldía, salvo que se dicten normas concretas en el correspondiente Reglamento Orgánico (que puede, según la Resolución antes mencionada, regular de forma distinta al ROFRJEL el estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales, aunque sólo en cuanto a los preceptos que no son reproducción de normas legales) o la propia Alcaldía adopte posiciones concretas sobre el ejercicio de la competencia que le atribuye directamente la Ley. Aunque en nuestra opinión dicha Instrucción es ilegal y no vinculante para las administraciones locales teniendo únicamente una categoría de instrucción interna de la administración del Estado³⁸, ya en el derecho que nos ocupa, tal Resolución restringe todavía más su ejercicio.

h’) Tutela jurídica del derecho examinado.

– La vía contencioso-administrativa:

La vulneración del derecho examinado puede adoptar, entre otras, las siguientes modalidades:

– “La obstaculización aislada o sistemática del acceso de los Concejales a la información municipal, por parte del Alcalde o de la Comisión de Gobierno.

– Las Resoluciones o Decretos de la Alcaldía y los acuerdos de la Comisión de Gobierno que sin motivación deniegan el derecho en cuestión.

– Las Resoluciones o Decretos de la Alcaldía dirigidas al personal de los servicios administrativos locales destinados a limitar o excluir la facultad de los Concejales de tomar conocimiento de los documentos e informaciones de interés municipal a las que puedan acceder libremente.”

Contra estos actos y resoluciones, es posible recurrir en sede contencioso-administrativa, a través de dos cauces procedimentales:

1º. Por una parte, se puede interponer dicho recurso de acuerdo con las reglas generales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de junio, dado

(38) En este mismo sentido véase SOSA WAGNER, FRANCISCO, *Manual de Derecho Local*, y NASARRE, ob.cit., pág. 76.

que los actos y resoluciones puestos de manifiesto ponen fin a la vía administrativa [art. 52.2.a) de la Ley 7/1985].

2º. Según las SSTs de 27 de junio y 7 de diciembre de 1988, 2 y 26 de junio y 3 de julio de 1995, se puede entablar recurso contencioso-administrativo por los trámites de la Ley 29/1998, de 13 de junio, por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona.

Hoy en día, también comienza a atisbarse una incipiente jurisprudencia emanada de la Sala de lo Penal (Sala segunda) del Tribunal Supremo que admite la posibilidad de imponer una sanción penal al Alcalde que vulnere en determinadas condiciones aquel derecho (SSTs de 8 de febrero de 1993 y 22 de enero de 1996).

Sería de aplicación el tipo penal regulado en el art. 194 del anterior Código Penal (de 1973), del siguiente tenor literal: “Incurrirá en pena de inhabilitación especial la autoridad o el funcionario público que impidiere a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes”. Los derechos cívicos, como bien jurídico protegido, se circunscriben a los derechos políticos de participación en la vida pública, según la STS de 22 de diciembre de 1992, la Fiscalía General del Estado, en su Consulta núm. 4/1989.

Con el vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, el art. 542 regula el tipo penal en los siguientes términos: “Incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes”. Por tanto, únicamente se ha operado un cambio relativo a la exigencia expresa de un elemento subjetivo de lo injusto (“a sabiendas”), que revela la necesidad de comisión dolosa del delito.

Recapitulando podemos establecer tres niveles del derecho de acceso a la información:

Un primer derecho de carácter general, limitado por la reserva de datos personales que afecten a la intimidad de las personas. La información debe solicitarse y su denegación ha de ser motivada. Si con estas solicitudes se entorpece el normal funcionamiento de los servicios, su facilitación puede demorarse. Ciertas materias (seguridad y defensa del Estado, averiguación de los delitos e intimidad de las personas y datos insertos en procedimientos sancionadores o disciplinarios y relativos al honor y propia imagen de las personas) se excluyen de este derecho.

Un segundo derecho más amplio, que corresponde a los interesados (art. 31 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común) en un expediente o a los Concejales en el ejercicio de su función. Es preciso solicitar la autorización, pero no cabe la denegación de la información que no se funde en ser la información solicitada ajena a la razón en que se pretenda amparar el solicitante o en no existir tal información.

Un derecho de acceso directo a la información relativa a la responsabilidad que se ostenta o a los asuntos que se vayan a votar por los órganos de que se forme parte. No se precisa autorización, pues resultaría absurdo que un Concejal pueda llegar a una sesión del Pleno o de una Comisión sin haber podido examinar los antecedentes, pues ello privaría de efectividad al funcionamiento democrático de la institución.

En definitiva, se trata de conjugar la transparencia de la Administración con el derecho a la intimidad de las personas y el principio de eficacia.

La vulneración de tal derecho por la Alcaldía o los miembros de la Comisión de Gobierno, realizada consciente y voluntariamente, de forma aislada o reiterada, puede ser objeto de recurso contencioso-administrativo por los trámites del procedimiento ordinario de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa o de denuncia o querrela en vía penal, por incurrir en el delito tipificado en el art. 542 del vigente Código Penal.

Este derecho, esencial para el ejercicio de la función política encomendada a los concejales, sean del partido o lista que ostente la alcaldía y el gobierno municipal o sean para el ejercicio de la oposición (en este caso se ha de ser más exquisito con su respeto si cabe), regulado en los arts. 23 y 105 de la Constitución, se desarrolla con carácter general en el art. 37 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en los arts. 46.2.b), 70.3 y 77 de la LRBRL y 14 a 16 del ROFRJEL. Se puede hacer una interpretación política o administrativa de este derecho. Tradicionalmente la doctrina que se ha ocupado hasta la fecha del tema ha hecho una interpretación restrictiva y más preocupada por la ordenación y burocratización del ejercicio de un derecho político que la interpretación del mismo en clave de ejercicio de un derecho fundamental. En todo caso su ejercicio por los concejales electos ha de ser siempre superior al mínimo común de los ciudadanos previsto en los arts. 37 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, 70.3 de la LRBRL y 207 a 230 del ROFRJEL³⁹.

La instrumentalización procedimental de ejercicio de este derecho fundamental, ha sido regulada de una manera excesivamente restrictiva y burocratista en el ROFRJEL (art. 14), exigiendo a los concejales la petición al Alcalde por escrito de

(39) En este sentido NASARRE, op. cit., pág. 73.

**SE PUEDEN ESTABLECER
TRES NIVELES DEL DERECHO
DE ACCESO A LA
INFORMACIÓN: EL PRIMERO,
DE CARÁCTER GENERAL,
LIMITADO POR EL DERECHO
A LA INTIMIDAD, DEBIENDO
MOTIVARSE SU
DENEGACIÓN; EL SEGUNDO,
CORRESPONDIENTE A LOS
INTERESADOS A TRAVÉS DE
UN EXPEDIENTE O A LOS
CONCEJALES EN EL
EJERCICIO DE SU FUNCIÓN;
Y EL TERCERO, DE ACCESO
DIRECTO A LA
INFORMACIÓN RELATIVA A
LA RESPONSABILIDAD QUE
SE OSTENTA O A LOS
ASUNTOS QUE SE VAYAN A
VOTAR POR LOS ÓRGANOS
DE QUE SE FORME PARTE**

dicha información, estableciéndose, por el contrario un silencio administrativo positivo de cinco días⁴⁰.

Se distingue en el ROFRJEL entre acceso libre a la información y acceso tasado. El acceso libre puede ser:

- Por razón del **sujeto** todos los concejales delegados de la información propia de sus áreas.
- Por razón del **objeto** a cualquier expediente que haya de ser tratado en un órgano colegiado del que forme parte el concejal que lo pida, sean comisiones informativas, comisión de gobierno, comisión especial, patronatos municipales, juntas, consejos de administración o dirección de cualquier organismo autónomo o empresa municipal⁴¹. Así como resoluciones de la alcaldía o de concejales delegados que tengan carácter de acto administrativo y el contenido de cualquier expediente de acceso libre para los ciudadanos que no estén sometidos a la protección del derecho a la intimidad en los términos de los arts. 35 y 37 de la Ley de Régimen Jurídico.

El lugar y forma de ejercicio del derecho se describe pormenorizadamente en el art. 16 del ROFRJEL.

El objeto del derecho, conforme al art. 230 ROFRJEL, son todos los expedientes terminados, todos los antecedentes documentales de resoluciones de este órgano unipersonal y todos los expedientes en tramitación, que no sean de acceso tasado por incurrir el derecho a la intimidad.

Como expresan MORELL y NASARRE⁴² la regulación del ROFRJEL es tan restrictiva, que hace que el concejal de la oposición sea siempre un extraño en la organización administrativa local. En este sentido, el derecho a la información de los miembros electos de las entidades locales y la interpretación que aquí se preconiza⁴³, es que los miembros electos de las entidades locales tengan acceso directo a cuantos documentos o archivos obren en las mismas, sin ningún tipo de autorización previa y sólo se restrinja los casos de denegación a los casos en que el conocimiento o la difusión de la información pudiera vulnerar el derecho constitucional al honor, a la intimidad o a la propia imagen o cuando se trate de materias afectadas por la legislación general sobre secretos oficiales o secretos sumariales. Éste es el espíritu de la Carta Europea de la Autonomía Local, en el apartado 1º del art. 7, que dispone que el estatuto de los representantes locales debe de asegurar el libre ejercicio de su mandato.

(40) Véase STS de 9 de diciembre de 1995, Ar. 9252/1995.

(41) Véase la STS de 5 de febrero de 1995, Ar. 1671/1995. También las SSTs de 24 de noviembre de 1993, Ar. 9040/1993 y 27 de diciembre de 1994, Ar. 10459/1994.

(42) MORELL OCAÑA, op. cit. pág. 510 y NASARRE ALISTRUEY, op. cit., págs. 75 y 76.

(43) La Ley de Administración Local Navarra, 6/1990, de 2 de julio, en su art. 76.1, establece que los miembros de las Corporaciones Locales tendrán acceso a cuantos documentos y archivos obren en las mismas.

NASARRE opina que en las corporaciones donde se gobierna con mayoría absoluta, o coaliciones con pacto de legislatura, el partido o grupo político que ostenta la Alcaldía y la Comisión de Gobierno puede tener la tentación de emplear de manera restrictiva la información que posee del funcionamiento corporativo, confundiendo lo que significa gobierno municipal con corporación democrática municipal, y la presidencia con el ayuntamiento, en suma la parte con el todo, olvidándose que existen concejales tan electos democráticamente como ellos, que entre sus atribuciones más importantes tienen la de hacer la oposición política, es decir, la del control y fiscalización de los órganos de gobierno⁴⁴.

Este enfoque proviene de la redacción de la Ley de Bases, de carácter presidencialista, que atribuye al presidente y su comisión de gobierno funciones paralelas de “poder ejecutivo local” al Presidente del Gobierno y Consejo de Ministros, o Presidente de la Comunidad Autónoma y Consejo de Gobierno de la misma, equiparando el Pleno con los Parlamentos, con el fin de configurar un poder ejecutivo local con competencias suficientes para evitar el asamblearismo paralizante de la gestión ordinaria de los servicios públicos locales. Partiendo de un acuerdo con el autor citado, acerca que en el nivel político-administrativo local, el paralelismo con los poderes ejecutivos y legislativo de los niveles territoriales políticos superiores, no debe ser mecánicamente exacto, puesto que el Pleno de la corporación, si bien es órgano de elección democrática directa y con potestades normativas y de control; también tiene funciones administrativas de aprobación de actos de gobierno, además de no tratarse de instituciones distintas el Pleno, la Alcaldía y la Comisión de Gobierno. Sin embargo, sí convendría deslindar claramente la actividad política de los órganos de la administración local de la actividad administrativa. Hacerlo así y considerar que el derecho a la información para el ejercicio de la función política corresponde a los concejales es parte del derecho fundamental del art. 23 hubiera conllevado una regulación más respetuosa con el mismo⁴⁵.

b) Otros supuestos del derecho a la oposición política y a controlar y fiscalizar los órganos de gobierno.

Dicho control y fiscalización de los órganos de gobierno le corresponde al Pleno según la LRRL, arts. 22.2.a) y 33.2.e) por lo que la actuación de cada uno de sus concejales debe ir a encaminar este control. La formas de ejercicio de este control pueden ser las siguientes:

- Solicitar del Pleno la presencia e informe al mismo de los concejales delegados por su presidente, art. 105 del ROFRJEL.
- Solicitar que comparezca en una comisión informativa, personal o miembros de la corporación, a efectos informativos del mismo, debiendo realizar este requerimiento el presidente, art. 137 del ROFRJEL.

(44) NASARRE, *op. cit.*, pag. 77.

(45) STS de 18 de octubre de 1995, Ar. 7366/1995.

- Solicitar sesión extraordinaria para debatir la actuación de la Comisión de Gobierno, art. 106 del ROFRJEL.
- Suscribir una moción de censura, arts. 197 y 207 de la LOREG, constituyendo éste el mecanismo máximo de control⁴⁶.
- Propiciar que el Alcalde se someta a una cuestión de confianza, por no haber logrado la aprobación por las mayorías legalmente exigidas de los presupuestos anuales, el reglamento orgánico, las ordenanzas fiscales o el instrumento de ordenación urbanística de ámbito municipal.
- Solicitar que el Pleno o Comisión de Gobierno delibere sobre la urgencia acordada en un Pleno anterior de un asunto no dictaminado por comisión informativa, art. 126 del ROFRJEL. Esto es un freno a la utilización indebida del trámite de urgencia y un reforzamiento de la exigencia del dictamen de comisión.
- Formular ruegos y preguntas en el Pleno, así como presentar mociones, art. 97.6 y 7 del ROFRJEL.

Ruego es la formulación por parte de cualquier miembro de la Corporación o grupo político (a través de su Portavoz) de una propuesta de actuación dirigida a alguno de los órganos de gobierno municipal. Responde al principio de colaboración con las autoridades por los concejales electos.

Pregunta, en aplicación del principio y derecho de conocimiento o información, es cualquier cuestión planteada por un miembro de la Corporación o grupo político (a través de su Portavoz) a los órganos de gobierno en el seno del Pleno.

Conforme los artículos 82.4 y 97.6 y 7 del ROFRJEL pueden plantear ruegos y preguntas todos los miembros de la Corporación o los grupos políticos a través de sus Portavoces. El objeto de ambas varía así: **Ruegos**: Se trata de sugerir un tipo de actuación a alguno de los órganos de gobierno. Los ruegos pueden afectar a cualquier materia, actividad, gestión, que sea competencia municipal o afecte al desarrollo de la vida corporativa jurídica y política. Sólo pueden dirigirse a los órganos de gobierno, no al Secretario, al Interventor o a cualquier otro funcionario. **Preguntas**: Consiste en obtener una aclaración o información de los órganos de gobierno, sobre cualquier tema relativo a su actividad. Debe entenderse como órganos de Gobierno, el Alcalde o Presidente, los Tenientes de Alcalde o Vicepresidentes, el Pleno y la Comisión de Gobierno (en los Municipios con población de derecho superior a 5.000 habitantes y, en los de menos, cuando así lo disponga su Reglamento Orgánico o así lo acuerde el Pleno de su Ayuntamiento), que, de acuerdo con los artículos 20 de la LBRL y 35.2 del ROFRJEL, son los órganos necesarios de la Corporación (artículo 35.1 del ROFRJEL). Se

(46) Véase a este respecto la reforma de este artículo operada por la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril, por la que se le otorga un carácter más automático a la convocatoria y debate de la Moción de Censura, eliminando toda discrecionalidad e intervención en su tramitación del alcalde censurado.

deduce, por tanto, que los ruegos y preguntas sólo pueden ser dirigidos ante quienes asumen responsabilidades concretas y generales de gobierno, y, en consecuencia, también a los Concejales delegados (artículo 120.1 del ROFRJEL), pese a ser órganos complementarios de los entes locales municipales.

Los Ruegos podrán presentarse antes de la celebración de la sesión por escrito, o en la misma sesión oralmente o por escrito. Podrán ser objeto de debate, pero en ningún caso sometidos a votación. El debate, generalmente se celebrará en la sesión siguiente, salvo que el Alcalde o Presidente estime conveniente que sea debatido en la misma sesión, y deberá desarrollarse de conformidad a lo dispuesto en el artículo 94 del ROFRJEL, en lo que sea de aplicación⁴⁷.

Las preguntas podrán ser formuladas antes de la celebración de la sesión, por escrito, o bien durante el desarrollo de la misma, oralmente o por escrito.

El tiempo y la forma de presentación determina el tratamiento de las contestaciones:

– Las preguntas orales, planteadas en la sesión, serán contestadas generalmente en la sesión siguiente, salvo que el preguntado quiera darle respuesta inmediata.

– Las preguntas formuladas por escrito durante la sesión, serán contestadas en la sesión siguiente, salvo que el preguntado quiera dar respuesta inmediata.

Las preguntas formuladas por escrito, con veinticuatro horas de antelación, serán objeto de contestación ordinariamente en la misma sesión, salvo que, por causas debidamente motivadas, se aplaze aquélla hasta la siguiente⁴⁸. Delimitación entre ruegos y preguntas y mociones de urgencia. Ya se ha señalado que ni el ruego ni la pregunta pueden generar por sí acuerdo corporativo alguno. A veces, sin embargo, se confunde este

PUEDEN PLANTEAR RUEGOS Y PREGUNTAS TODOS LOS MIEMBROS DE LA CORPORACIÓN O LOS GRUPOS POLÍTICOS A TRAVÉS DE SUS PORTAVOCES. CON LOS RUEGOS SE TRATA DE SUGERIR UN TIPO DE ACTUACIÓN Y HAN DE DIRIGIRSE ÚNICAMENTE A LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO. LAS PREGUNTAS CONSISTEN EN OBTENER DE ÉSTOS UNA ACLARACIÓN O INFORMACIÓN SOBRE CUALQUIER TEMA RELATIVO A SU ACTIVIDAD

(47) "La finalidad de este debate será poner de manifiesto las opiniones de los diversos grupos políticos, en relación con la propuesta de actuación sugerida con el ruego y, en su consecuencia, orientar a su presentador acerca de la conveniencia o no, de formular una Moción en el próximo Pleno ordinario, al amparo de lo prevenido en el art. 91.4 del ROFRJEL o por otra vía diferente; aunque también cabe la posibilidad de que el debate provoque en el Ejecutivo municipal la voluntaria aceptación, total o parcial, del ruego. En este sentido, los ruegos tienen cierta afinidad con las llamadas 'interpelaciones' parlamentarias, de las cuales se hace eco el art. 111.2 de la Constitución" (Los Ruegos y Preguntas como formas de control de los órganos de gobierno municipal, por SALVADOR IRANZO MARAGUAT, EC 1325/1989).

(48) "En cuanto al número de ruegos y preguntas, y amplitud de los debates sobre ellos, las facultades moderadoras del Presidente son las que deberán regular la cuestión (de acuerdo con el artículo 94.1 del ROFRJEL), pasando de un tema a otro, aún no habiéndose agotado el anterior, o concluyendo este punto del Orden del Día sin escuchar todos, pues la flexibilidad democrática que debe aplicarse no se contradice con evitar la prolongación excesiva de la sesión. Si las cuestiones planteadas son de tanto interés, lo procedente será debatirlas en una próxima sesión, ordinaria o extraordinaria" ("Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales", El Consultor de los ayuntamientos, Tomo I, pág. 639, in fine).

trámite con el de la moción de urgencia, que es completamente distinto. Si lo que se pretende es que la Corporación adopte un acuerdo sobre un asunto que no figura en el orden del día de la sesión ordinaria, el trámite a que ha de ajustarse es el propio del artículo 91.4 del ROFRJEL, y no el de un simple ruego o pregunta, como así lo reconoce el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de diciembre de 1982 (Ar. 8057), cuando considera viciado de invalidez, conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1.e) y g) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el acuerdo adoptado en el turno de ruegos y preguntas, con infracción manifiesta del artículo 51 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, en aplicación de artículos, ya derogados, que eran equivalentes a los antes referidos.

El ROFRJEL sólo contempla los ruegos y preguntas que se formulan y contestan en el seno del Pleno Municipal, lo cual no impide que los Reglamentos Orgánicos [establecidos en el artículo 55 del TR de 1986 y que se aprueban en uso de la potestad de auto-organización consagrada en el artículo 4.1.a) de la Ley 7/1985] introduzcan otras modalidades de contestación (dentro de los instrumentos de control y fiscalización a que alude el artículo 104.2 del ROFRJEL), que no precisan ser conocidas en el acto de las sesiones plenarias, como ocurre cuando se admite contestación escrita a los ruegos y preguntas que se formulan en las Asambleas representativas, tal como se recoge en las normas de derecho parlamentario.

En base a lo expuesto, se puede concluir que los Ruegos podrán dar lugar al correspondiente debate, sin que proceda la adopción de acuerdo alguno, pues estaría viciado de nulidad. El debate tendrá lugar, por lo general, en la sesión siguiente, sin perjuicio de que se desarrolle en la misma sesión en que se formule el ruego, si el Sr. Alcalde lo estima conveniente. En el primer caso, si el órgano de gobierno al que iba dirigido el ruego no ha llevado a cabo la actuación propuesta, quien lo presentó puede reiterarlo en la siguiente sesión, a efectos de que se lleve a cabo el antedicho debate. Dicho debate se ajustará a lo establecido en el artículo 94 del ROFRJEL, teniendo atribuida el Alcalde la facultad de ordenación de las intervenciones, y pudiendo los grupos políticos, una vez consumido el primer turno de intervenciones, solicitar un segundo turno, sin perjuicio de la facultad del Presidente de poner término al debate al objeto de evitar una prolongación excesiva de la sesión, en uso de su facultad moderadora.

Las Preguntas planteadas en una sesión, ya sean oralmente o por escrito, podrán ser contestadas en la sesión siguiente, salvo que el preguntado quiera darle respuesta inmediata. Las planteadas *por escrito* con veinticuatro horas de antelación a la celebración de la sesión habrán de ser contestadas en dicha sesión, salvo por causas debidamente motivadas, en cuyo caso se contestarán en la sesión siguiente. Las preguntas no darán lugar, en ningún caso a debate, puesto que van dirigidas a un órgano concreto, que es el que tiene las atribuciones que le permiten facilitar la información solicitada.

El orden en que han de ser debatidos los ruegos o contestadas las preguntas, en la sesión siguiente a aquella en que hayan sido formulados ha de ser decidido por el Alcalde-Presidente, en uso de su facultad de moderación y ordenación de las intervenciones que tengan lugar en la sesión.

2. Derechos económicos de los miembros de las Corporaciones Locales

La Carta Europea de la Autonomía Local (aprobada en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985 y ratificada por España el 20 de enero de 1988, BOE 47, de 24 de febrero de 1989) en su art. 7.2º establece: “*debe permitir la compensación financiera adecuada a los gastos causados con motivo del ejercicio de su mandato, así como, si diera el caso, la compensación financiada de los beneficios perdidos o una remuneración del trabajo desempeñando la cobertura social correspondiente*”.

Nunca se cierra del todo el debate acerca de si los cargos electos locales deben de ser remunerados o no, declarado el principio de gratuidad del ejercicio del cargo electo de concejal, sin perjuicio de las indemnizaciones o dietas que les pudieran corresponder y del derecho a una indemnización fija por el plus añadido de desempeño de cargo o delegación de competencias que le puedan ser asignadas. Ello plantea que la retribución de los cargos públicos locales implica una cierta profesionalización de los mismos, por lo que pudiera suponer, por un lado, de encarecimiento del sostenimiento de la administración local, y sobre todo de cierta desvirtuación del concepto de servicio a la comunidad que debe de inspirar la actividad política local, así como consecuencias relativas a la intención de la perpetuación en el mismo, transfugismo, etc. Sin embargo, lo contrario, la gratuidad, o la cuasi-gratuidad en el ejercicio del cargo, como se expresaba en la legislación preconstitucional (Real Decreto 3046/1967) que sólo permitía el abono de gastos de representación y dietas, implica que sólo participen en la política local aquellos que tengan medios personales y patrimonio que se lo permita. De ahí que se pueda hacer una doble lectura, de la reforma operada en el art. 75.1 por la Ley 1/1999.

Por lo anterior y pensando en un equilibrio que evite cualquiera de las no deseadas consecuencias anteriores aparece como acertada la regulación de la Ley de Bases del Régimen Local en el art. 75, cuando establece “*que sólo percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos los concejales que lo desempeñen en dedicación parcial o exclusiva, siendo incompatible esta retribución con cualquier otra de los Presupuestos de otras administraciones públicas y el ejercicio de cualquier otra actividad profesional*”. Pudiendo el resto de corporativos percibir indemnizaciones, dietas por asistencia a los órganos corporativos de los que formen parte. El precepto legal se desarrolla en el art. 13 del ROFRJEL de cuya regulación se deducen los siguientes conceptos retributivos: 1) Remuneración fija y periódica: retribución⁴⁹. 2) Indemnizaciones. 3) Dietas por asistencia a sesiones⁵⁰.

(49) Algunos autores hablan de sueldos. No se comparte esa posición por cuanto el cargo electo con dedicación exclusiva no puede, en ningún caso ser equiparado a un trabajador por cuenta ajena, ni aunque sea preciso darle de alta en Seguridad Social, pues esta exigencia legal, (art. 75 LRBRL) no lo es por su status corporativo sino por la garantía de la cobertura sanitaria. Prueba de ello es que conforme reiterada jurisprudencia, no tiene derecho al seguro de desempleo.

(50) Se mantiene esta distinción aunque algunos autores como FRANCISCO JAVIER SILVIA PÉREZ en “Los Derechos Económicos de los Miembros de las Corporaciones Locales”, REALA, núm. 267 y JUAN DE ANJOU en “El Personal al Servicio de la Administración Local”, núm. 15 de la Colección Manual de El Alcalde estiman que indemnizaciones y asistencias son una misma cosa.

El ROFRJEL (art.13.3) ha reinterpretado en un exceso reglamentario el concepto dedicación exclusiva de la Ley, al matizar la taxativa dedicación exclusiva del art. 75.1 de la LRBRJ con la *dedicación preferente*, definición que la reciente reforma ha puesto en su justo término ya que, o se está en exclusiva o en dedicación parcial, pudiéndose percibir en ambos casos las retribuciones que el pleno acuerde, lógicamente en función de la intensidad de la dedicación al cargo representativo.

A) Retribución fija

Como establece la normativa analizada, la remuneración fija en su cuantía y periódica en su devengo, sólo le es posible devengarla a aquellos concejales que desempeñen su cargo dedicación exclusiva o parcial por tener funciones de la Alcaldía delegadas u ostentar Tenencias de Alcaldía, no para el resto de Corporativos.

La determinación de su cantidad, ha de producirse en el Pleno, preferentemente en las Bases del Presupuesto, acuerdo en el que se ha de establecer la consignación global, la pormenorizada relación de cargos con dedicación exclusiva y la cuantía de remuneraciones que a cada uno de ellos le corresponda. En este sentido, como se ha escrito en otro trabajo, la sesión del Pleno apropiada, para ello es el convocado por el Alcalde, dentro de los treinta días de su toma de posesión, para la organización de la misma⁵¹, debiéndosele dar a la cuantía de las asignaciones a cada uno de los concejales idéntica publicidad que todos los demás acuerdos de dicho órgano no sujetos al derecho a la intimidad⁵² (art. 18 CE en relación con el 37 de la LRJ-PAC).

La retribución a los Concejales en dedicación exclusiva, con más sentido en la parcial, debe de considerarse de una naturaleza jurídica más indemnizatoria que de un trabajo por cuenta ajena porque, se trata del libre acceso a funciones políticas públicas que en nada tiene que ver con el trabajo por cuenta ajena. En correcto sentido, dicha retribución debe de compensar la pérdida de remuneraciones de aquellos que con el acceso al cargo pierden total o parcialmente de ejercer sus profesiones o dejan de percibir sus salarios, e indemnizar a los que acceden a dichos cargos desde fuera del mercado de trabajo por el tiempo que se les priva de buscar un trabajo, cobrar un desempleo, una pensión, etc. Esta perspectiva es la que permite enfocar correctamente todo el sistema y sus incompatibilidades, para evitar que la función política local se convierta en un *profesionalismo* político de todo punto indeseado constitucional y democráticamente⁵³.

En este aspecto se ha de sostener que la regulación del ROFRJEL acerca de la permisividad de ocupaciones marginales y la dedicación preferente al trabajo corporativo, ha de ser interpretado estrictamente, en relación con el ahora reformado y claro distingo efectuado en el art. 75.1 de la Ley y por lo tanto, en relación con la legislación de incompatibilidades.

(51) Revista Canaria de Administración Pública, núm. 9, págs. 11 y siguientes.

(52) Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica, núm. 249, págs. 81 a 84.

(53) STS de 10 de junio de 1993, Ar. 4342/1993.

tibilidades, interpretar que en el caso de la dedicación exclusiva, las ocupaciones marginales, se refieren únicamente a la administración de su propio patrimonio y no al ejercicio de profesión liberal o trabajo por cuenta ajena incompatible totalmente con la exclusividad de la dedicación que se retribuye⁵⁴, no cabiendo en este caso ni siquiera la posible concesión de compatibilidad por el Pleno.

La dedicación exclusiva o parcial y la remuneración fija y periódica comporta dos consecuencias para la Corporación, el alta en Seguridad Social y el pago de las cuotas empresariales por la Administración. Aunque este hecho no conlleva la necesidad de realizar ningún contrato laboral ni tampoco el derecho al cobro de prestaciones por desempleo.

Estas retribuciones por dedicación exclusiva o parcial implican que no se pueden cobrar cantidades en concepto ni de asistencia a sesiones ni por su pertenencia a otro órgano u organismo de la entidad local. Aunque nada se expresa respecto a las indemnizaciones, se entiende que también están incluidas en la incompatibilidad, salvo indemnizaciones por razón del servicio consistentes en viajes o desplazamiento pero no indemnizaciones por gastos causados por el ejercicio de su función: locomoción, transporte, etc., a no ser que el Presupuesto de la Corporación tenga destinada alguna partida a gastos de representación y protocolo, a la que se podrían cargar los gastos que de esta naturaleza se le ocasionaran al concejal en dedicación exclusiva o parcial.

Para la formalización de este derecho⁵⁵, la Ley sólo exige que se consigne en el Presupuesto de la Corporación globalmente las cantidades, con los límites que se establezcan, dado que no se han fijado los límites en el ROFRJEL, la consignación global es libre para cada Corporación, aprobándose a propuesta del Presidente. Asimismo también es libre la asignación a cada cargo. Todas estas propuestas deben llevar el informe previo de Intervención conforme a la Ley de Haciendas Locales, [art. 195], y de la Comisión Informativa de Hacienda, debe ser acordado en la sesión plenaria que se expresó antes, por mayoría simple. Además se debe de notificar a los miembros de la corporación afectados que deberán aceptarlo expresamente, dándose cuenta de esta aceptación en el Pleno siguiente.

(54) Vid. ANTONIO PÉREZ LUQUE., *op. cit.*, El Consultor, núm. 12, 1995, págs. 1.737 y ss.

(55) PÉREZ LUQUE, en *op. cit.*, pág. 1.746.

**LA RETRIBUCIÓN DE LOS
CONCEJALES CON
DEDICACIÓN EXCLUSIVA
DEBE CONSIDERARSE DE
NATURALEZA INDEMNIZATORIA,
COMPENSANDO, O BIEN LA
PÉRDIDA DE REMUNERACIONES
AL NO PODER EJERCER SU
PROFESIÓN HABITUAL, O LA
POSIBILIDAD DE BUSCAR
NUEVO TRABAJO, O COBRAR
CIERTAS PRESTACIONES
SOCIALES..., EN LOS CASOS
EN QUE SE ACCEDA AL
CARGO DESDE FUERA DEL
MERCADO DE TRABAJO**

Por último, debe tenerse en cuenta que la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades, incluye en su art.1 a los miembros de las corporaciones locales, en la incompatibilidad de percepción de una retribución por dedicación exclusiva, con cualquier otra retribución con cargo al presupuesto de las administraciones públicas incluidas pensiones de cualquier naturaleza, procediendo en este caso la suspensión de la pensión⁵⁶.

B) Las indemnizaciones

Están recogidas en los párrafos 2 y 3 de los arts. 75 y 13.5 del ROFRJEL, son un concepto retributivo que consiste en la reposición de un gasto ocasionado por el ejercicio del cargo de concejal cuando sea efectivo, se haya ocasionado con anterioridad a la solicitud de su reembolso y se haya acreditado documentalmente. No deben caber las indemnizaciones con carácter general con carácter periódico en su abono o en su cuantía, ni entregas a cuenta. Las cuantías concretas de las mismas, los supuestos y las condiciones de su devengo deberán acordarse por el Pleno en las Bases de Ejecución del Presupuesto, que en todo caso regularán la forma en que se demostrará o acreditará que el gasto se ha ocasionado en el ejercicio de la función política y por gestiones que no son ajenas al cargo, así como que se hayan producido de hecho y que sean justificables documentalmente⁵⁷. Algunas indemnizaciones como las de viajes o comisiones de servicios sí pueden ser extensivas a los miembros corporativos que tengan dedicación exclusiva o parcial, en la manera en que antes se ha expresado y se deben adecuar a la normativa estatal o autonómica que regule las mismas. Existe discrepancia en la doctrina⁵⁸ acerca de la aplicación del Real Decreto 236/88, de 4 de marzo, del Estado y sus actualizaciones a los políticos locales pudiendo resolverse la cuestión aplicando la normativa autonómica y los Presupuestos municipales⁵⁹.

C) Las dietas

Las dietas por concurrencia a las sesiones, viene regulada sólo en el ROFRJEL que en su art. 13.6 limita el derecho a su devengo a los miembros de la corporación que no tengan dedicación exclusiva, exceptuando de este principio general⁶⁰, la asistencia a organismos dependientes de la corporación local que tengan personalidad jurídica independiente o consejo de administración de empresas con capital o control municipal y tribunales de pruebas para selección de personal en los que aún teniendo dedicación exclusiva, se puede devengar esta dieta. A mi juicio, compartiendo la opinión de SOSA WAGNER⁶¹, se está ante un nuevo exceso del Reglamento respecto a la Ley. El art. 75.1 no

(56) STS de 1 de diciembre de 1995, Ar. 9009/1995.

(57) PÉREZ LUQUE, *op. cit.*, pág. 1.749.

(58) SILVIA PÉREZ, *op. cit.*, pág. 619, estima que sí. PÉREZ LUQUE, *op. cit.*, Consultor pág. 1.749, estima que no.

(59) STS de 8 de junio de 1992, Ar. 4930/1992.

(60) STS de 1 de diciembre de 1995, Ar. 9009/1995.

(61) *Manual de Derecho Local*, Civitas, pág. 189.

establece la excepción que el ROFRJEL pretende desarrollar. No existe justificación para que corporativos electos que ya cobran un sueldo por dedicación exclusiva y ahora también parcial, que implica la absoluta o parcial disposición de estancia en las dependencias municipales y asistencia a todas las reuniones el tiempo que hiciere falta, pretendan cobrar además por asistencia a órganos o a pruebas selectivas durante el desempeño de su jornada de trabajo político, que no se puede identificar con la de los funcionarios⁶².

El cobro de las asistencias no puede ser ni fijo ni periódico. Debiendo establecerse la consignación presupuestaria global por el Pleno en las Bases del Presupuesto y la asignación para cada órgano y para cada concejal que no esté en dedicación exclusiva, en la sesión del Pleno corporativo de organización de la corporación a que se hace referencia más atrás. Para su cobro, se deberá exigir certificación expedida por el Secretario General acerca de la efectiva asistencia del concejal a la sesión de la que se pretende cobrar la dieta.

3. La responsabilidad de los miembros electos de las Corporaciones Locales

Respecto a las responsabilidades de los concejales, se puede hacer una clasificación entre las distintas clases de la misma:

- Primero, responsabilidad política.
- Segundo, responsabilidad disciplinaria o administrativa.
- Tercero, responsabilidad civil.
- Cuarto, responsabilidad penal.

A) Responsabilidad política

Se encuentra regulada en los mecanismos de control y fiscalización que el Pleno tiene en la actuación de los concejales, siendo la máxima responsabilidad política del Alcalde y su gobierno, la moción de censura y por último la responsabilidad depurada por las elecciones.

Una peculiar forma de depuración de responsabilidades políticas la constituye las Comisiones Especiales de Investigación.

Otra es la responsabilidad de los miembros corporativos por el voto emitido en la adopción de acuerdos: los miembros de las mismas que los hubiesen votado favorablemente, excluyéndose la responsabilidad, por tanto, cuando los Concejales se abstengan o voten en contra de la adopción de tales acuerdos, de acuerdo con los artículos 78.1 y 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (BOE núm. 80,

(62) Para El Consultor (*Manual de El Concejal*, pág. 140) resulta contraria al espíritu del concepto dietas por asistencia a sesiones, el abono de gastos de locomoción por asistencia a las sesiones.

de 3 de abril), y 27.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27 de noviembre).

B) Responsabilidad disciplinaria

La denominada responsabilidad disciplinaria⁶³, se regula en el art. 78.4 de la Ley de Bases cuando se establece la potestad de los presidentes de las corporaciones locales de sancionar a los miembros de la misma, por inasistencia a las sesiones o incumplimiento de sus obligaciones, esta legislación se desarrolla en los arts. 59 del Texto Refundido que expresa los límites de dichas sanciones y 18 y 19 del ROFRJEL. Esta sanción es el corralito del derecho/deber de asistencia a las sesiones de los órganos municipales de los que formen parte, establece el ámbito de una relación de sujeción especial entre el concejal y la función pública que representa. No es posible, sin embargo, imponer sanciones por inasistencia, a los concejales electos que no hayan tomado posesión de su cargo por haberse negado al juramento de la Constitución (STS de 19 de mayo de 1997)⁶⁴.

La imposición de la sanción ha de establecerse previa la instrucción de un expediente, con sujeción a los principios constitucionales del derecho sancionador, (arts. 24 y 25CE), y al desarrollo de éstos en los arts. 127 a 138 de la Ley de Régimen Jurídico del Procedimiento Administrativo Común.

C) Responsabilidad penal

La Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas 2/1982, de 12 de mayo, establece en sus arts. 38.1 y 42.1 la responsabilidad penal en el manejo de caudales y efectos públicos de las autoridades locales.

La Ley de Bases de Régimen Local se refiere a actuaciones ante los Tribunales en los arts. 48, 113, 115 y 116.

Ha de señalarse el artículo 320 del vigente Código Penal (aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre; BOE núm. 281, de 24 de noviembre; rect. BOE núm. 54, de 2 de marzo de 1996), cuyo tenor literal es el siguiente:

“1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

(63) ALBERTO MARTÍNEZ SÁNCHEZ en *op. cit.*, pág. 88, la denomina como administrativa impropia.

(64) Vid. DEMETRIO LOPERENA ROTA, “El Pleno del Ayuntamiento” en *Documentación Administrativa*, núm. 228, págs. 81 y ss.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.”

Por su parte, el artículo 404, al que remite el anterior, se expresa en los siguientes términos: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años”.

V. EXCEPCIONES A LA DURACIÓN DEL MANDATO. LA SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE CONCEJAL

La pérdida de la condición de concejal, puede ser con carácter temporal o con carácter definitivo.

Debe sostenerse la regla general de la inamovilidad en el desempeño del cargo, frente a lo previsto en el ordenamiento anterior. La STC 4/1981, de 12 de febrero, que declaró la inconstitucionalidad de determinados preceptos del Texto refundido de Régimen Local de 1955, declaró la inconstitucionalidad de los preceptos de aquél que se refirieran a cualquier posibilidad de suspensión o destitución de los miembros de las corporaciones. Más adelante, en la Sentencia 5/1983 se declara inconstitucional el 11.7, de la entonces vigente Ley de Elecciones Locales, al impedir que partidos políticos cesaran a un concejal electo en sus listas, puesto que como expresa la sentencia, ello vulneraría el art. 23.2 que otorgaba permanecer en su cargo durante todo el mandato a los que han sido elegidos por los vecinos y como ya se ha expresado el papel del partido en que se presentan y la lista electoral en la que salen elegidos a una simple instancia mediadora. Este derecho a la continuidad del mandato, se puede ver enervado conforme la STC 107/1984, y los arts. correspondientes de la LOREG y 8 del ROFRJEL por grave alteración del orden público, con recaimiento de sentencia judicial firme con inhabilitación para el ejercicio de cargo público⁶⁵.

A la pérdida definitiva de la condición de cargo electo local, se refiere el art. 9 del ROFRJEL, aunque se deben de tener en cuenta otros preceptos, sobre todo de la LOREG. Siguiendo el

EN ORDEN A DEPURAR LA RESPONSABILIDAD POLÍTICA SE PUEDEN ENUMERAR LOS MECANISMOS DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN DEL PLENO SOBRE LA ACTUACIÓN DE LOS CONCEJALES, LA MOCIÓN DE CENSURA, LAS COMISIONES ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN Y, POR ÚLTIMO, LOS RESULTADOS DE LAS ELECCIONES

(65) MORELL OCAÑA, *op. cit.*, págs. 521 a 528. En el mismo sentido RIVERO YSERN, *op. cit.* pág., 110.

esquema del ROFRJEL, los motivos de pérdida de la condición son los siguientes:

1°. La anulación de la elección o proclamación por decisión judicial, previsto en el art. 113.2 de la LOREG, cuando por decisión judicial firme se anule la elección o proclamación.

2°. El fallecimiento establecido en el art. 182 de la LOREG⁶⁶.

3°. La incapacitación, conforme al art. 199 del Código Civil, ha de producirse por sentencia judicial firme que la declare.

4°. Finalización del mandato a los cuatro años, conforme a lo establecido en el art. 194 de la LOREG, en relación con el 42.3 de la misma Ley. En este punto los concejales electos en elecciones parciales posteriores a la convocatoria general terminan el mandato el mismo día que el resto, es decir, a la convocatoria general de nuevas elecciones. Lo mismo ocurre con aquellos que acceden al cargo para cubrir vacantes producidas después de la constitución de los ayuntamientos.

5°. Por renuncia. Según el art. 9.4 del ROFRJEL, el ejercicio del cargo de las características del cargo de concejal, está en la voluntariedad, por lo tanto la libre renuncia debe ser considerada como motivo de terminación de la función. Como expresa RIVERO YSERN⁶⁷ existen diversas líneas jurisprudenciales contradictorias sobre cuándo causa efecto dicha renuncia; para unos, cuando se presenta en el registro de entrada del Ayuntamiento el escrito, (la renuncia tiene que ser expresa) y el acuerdo plenario es simplemente una toma de conocimiento o dación de cuenta, para otros sólo cuando el Pleno ratifica la voluntad de renuncia del concejal es cuando ésta es efectiva. Resulta más correcta la interpretación que realiza este autor, que al ser la renuncia una declaración de voluntad unilateral de carácter personal, su autor es libre en cualquier momento de retirarla en tanto no haya sido aceptada por la Corporación y remitida a la junta electoral correspondiente la solicitud de sustitución por el siguiente de la lista, esto es, no se estima perfeccionado el acto jurídico unilateral, hasta que acordado por el Pleno, se ha enviado por la Corporación la solicitud a la Junta Electoral correspondiente del nombramiento del siguiente de la lista⁶⁸.

En efecto, en la jurisprudencia contencioso-administrativa se ha considerado, por unos pronunciamientos el escrito de renuncia como un acto preparatorio que se hace efectivo en la solemnidad del Pleno, y por otros por el contrario como acto fehaciente declarativo de voluntad que no puede ser enervado por escapar ya a la voluntad del renunciante, no teniendo el acuerdo plenario efectos constitutivos. El TC apoyó esta última tesis en STC 185/1993, de 31 de mayo, y consecuentemente los Acuerdos de la Junta Electoral Central

(66) STS de 2 de abril de 1993, Ar. 2755/1993.

(67) Op. cit., págs. 110 y 111.

(68) La jurisprudencia del TS en materia de renuncia: SSTs de 25 de marzo de 1990, Ar. 97/1990, y de 31 de marzo de 1992, Ar. 3240/1992.

(27 de septiembre, 9 y 14 de octubre de 1996, 29 de enero, 13 de marzo, 14 de julio, 17 de septiembre y 24 de octubre de 1997 y 30 de noviembre de 1998). Sin embargo recientemente el TC ha modificado el anterior criterio, en el sentido apuntado más atrás. En efecto en la STC 214/1998 se reconoce que la renuncia debe hacerse efectiva ante el Pleno para su real operatividad y puesta en marcha del mecanismo sustitutorio⁶⁹.

6º. Por incompatibilidad. Los arts. 178 y 213 de la LOREG establecen las causas específicas de incompatibilidad de entre la condición de concejal o diputado con el ejercicio de funciones públicas o privadas que contradicen, o que afectan gravemente al ejercicio de funciones públicas por contradicción de intereses.

7º. Por pérdida de la nacionalidad española. En este punto ha de tenerse presente respecto a la ciudadanía europea y el criterio de reciprocidad⁷⁰ que una vez acordado por el Pleno no cabe retirada de la decisión, que no haya salido el acuerdo del ayuntamiento. El art. 10 del ROFRJEL establece la forma de operar cuando la pérdida del cargo se produce por incompatibilidad.

VI. LOS DERECHOS POLÍTICOS COLEGIADOS DE LOS CARGOS ELECTOS LOCALES

1. Introducción

Habiendo dejado claro más atrás el incuestionable derecho de los cargos electos locales, municipales, provinciales e insulares a la participación política individual, conforme a los arts. 140 y 141 de la Constitución Española y 19 y 30 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, donde se expresa que el gobierno y la administración municipales corresponden al Ayuntamiento integrado por el Alcalde y los Concejales⁷¹ y el de las provincias e islas a los Diputados, Consejeros y Presidente, asimismo el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre), regula en su Título I, el “Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales” reconociéndoles el derecho de “asistir con voz y voto a las sesiones del Pleno y a las de aquellos otros órganos colegiados de que formen parte” (art. 12.1); a percibir las retribuciones e indemnizaciones que correspondan (art. 13.1); a obtener cuantos “datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función” (art. 14); a la consulta y examen de los expedientes, libros, documentos (arts. 16 y 84) y, en consecuencia, a pedir o formular, en las sesiones plenarias, ruegos o propuestas de actuación y preguntas, dirigidas a alguno de

(69) Vid. sobre ello “La revocabilidad de la renuncia de Concejales (...)” M. DELGADO-IRIBARREN GARCÍA Camero, en el Consultor, núm. 9, mayo de 1999.

(70) El Consultor establece (...) op.cit. pág. 186, “Manual del Concejal”.

(71) A este respecto la jurisprudencia ha señalado que “por virtud de lo dispuesto en el art. 23 CE que los Concejales tienen derecho a ejercer las facultades que a su cargo corresponden, y, entre ellas, la de intervenir en las sesiones plenarias, proponiendo, discutiendo y votando acuerdos” (STS de 22 de mayo de 1985).

los órganos de gobierno municipal (art. 97.6 y 7); a votar los acuerdos (art. 98); y a recurrir los acuerdos adoptados (art. 209.2).

2. Los Concejales y Consejeros y su integración necesaria en Grupos Municipales

Junto a estos derechos individuales de participación, la legislación reconoce el derecho, pero también establece la necesidad, de asociación de varios Concejales o Diputados y Consejeros para el ejercicio de determinados derechos, tales como: celebración de sesión extraordinaria cuando lo solicite una cuarta parte de los mismos (art. 78.2 ROFRJEL); debate sobre la gestión de la Comisión de Gobierno, cuando lo solicite la cuarta parte de miembros corporativos (art. 106.1 ROFRJEL); celebración de sesión, para debatir y votar moción de censura al Alcalde, cuando lo solicite una mayoría absoluta de los Concejales o Consejeros (art. 197 LOREG).

Junto a ello, la LRBRL (art. 20.3) y los arts. 23 y siguientes ROFRJEL prevén la actuación de los Concejales y Consejeros o Diputados en los órganos colegiados municipales, formando “grupos políticos” correspondiendo a la potestad organizatoria de la Corporación municipal establecer las reglas de constitución y funcionamiento de estos grupos (art. 26 ROFRJEL)⁷².

La expresión “los Concejales (...) podrán constituirse en grupo municipal” plantea la cuestión de si es, o no, obligatoria la integración de los ediles en grupos municipales. Pero si se tiene en cuenta lo antes dicho acerca del ejercicio del cargo concejal y la diferenciación entre derechos de ejercicio individual y de ejercicio agrupado, no cabe duda que la intervención en los órganos colegiados municipales tiene este último carácter. La Ley Básica no ofrece duda al respecto, al no atribuir individualmente a los Concejales el derecho a intervenir en las Comisiones Informativas y demás órganos complementarios, sino encomendar este derecho a todos los grupos políticos (art. 20.3)⁷³. Lo que ocurre es que corresponde a la potestad organizatoria municipal decidir si existen, o no, grupos políticos, y su composición⁷⁴.

(72) En defecto de reglamentación municipal, y en desarrollo de la Ley Básica, rige en Canarias, la Ley 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones públicas Canarias, en cuyo art. 73 se establece que:

“Los Concejales, en número no inferior a tres, podrán constituirse en grupo municipal. En ningún caso, pueden constituir grupo municipal separado Concejales que pertenezcan a la misma lista electoral. Todo Concejal deberá estar adscrito a un grupo municipal.

Ningún Concejal podrá formar parte de más de un grupo municipal. Los que no queden integrados en un grupo municipal, constituirán el grupo mixto. Igualmente, aquellos que por su voluntad se separen del grupo por el que fueron elegidos y no se integraran en otro pasarán a formar parte del grupo mixto.”

(73) STS de 16 de marzo de 1994, Ar. 3515, FJ 4º.

(74) Como expresa la aludida STS de 20 de mayo de 1988: “A juicio de la Sala la exigencia de un mínimo de tres Concejales para formar grupo político municipal no puede calificarse de arbitraria (...) porque no desvirtúa el mandato que a través de la elección se configura, como ocurriría si se apartase a los recurrentes de los órganos colegiados legalmente establecidos, en los que deben participar en la medida de lo posible en relación a su representación (STC 38/1983, de 16 de mayo). En el presente caso, aun cuando los recurrentes no formen grupo independiente con sus propias siglas, ni se les priva por ello de su derecho a participar en los asuntos públicos, ya que ello no impide tampoco intervenir en las deliberaciones del Pleno dentro del grupo mixto. Tampoco se vulnera, consecuentemente, el art. 23 CE. De otro lado, la limitación es racional y tiene como finalidad evitar que la proliferación de pequeños grupos (nada impide en la tesis de la parte actora que cada Concejal formara un grupo independiente) impida de hecho el normal funcionamiento de los órganos colegiados. Otra cosa es que desde un punto de vista de oportunidad política, y al ser una materia disponible por el Pleno del Ayuntamiento, acordara éste el aumento o disminución del número mínimo exigible para formar grupo político” (FJ 39º de la Sentencia apelada).

En consecuencia, si la Corporación decide que la participación de los Concejales en los órganos colegiados ha de hacerse a través del grupo político municipal y determina el número mínimo para formar éstos, todos los Concejales han de integrarse en uno u otro grupo; sirviendo el grupo mixto como aglutinante de quienes carecen de número suficiente para formar grupo independiente. Sin que esta regulación de por sí vulnere el derecho a la igualdad (art. 14 CE), ni el derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 23 CE)⁷⁵.

No se expresa en la legislación local qué deba entenderse por Grupo político municipal. La LOREG alude a “los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones que pretendan concurrir a una elección” (arts. 43 y 44) quienes formulan la lista de candidaturas (arts. 45 y 184), y es a esta lista a la que califica el art. 10.3 de la Ley 7/1985, de “grupo político”. En la legislación autonómica, por ejemplo la canaria, el art. 68 de la LRJAPC, impide que constituyan grupo municipal separado Concejales que pertenezcan a la misma lista electoral, y permite que quienes se separen del grupo por el que fueron elegidos se integren en el grupo mixto. Por tanto, cuando el art. 79.2 LRJAPC hace mención de que “se garantizará que cada grupo político tenga un Concejale en cada Comisión Informativa”, está haciendo referencia a los grupos municipales (incluido el mixto) formados según las reglas establecidas por cada Corporación, y, en su defecto, por la legislación autonómica.

En este sentido, cabe citar el Reglamento del Congreso de los Diputados, que señala que “los Diputados, en número no inferior a quince, podrán constituirse en Grupo Parlamentario. Podrán también constituirse en Grupo Parlamentario los Diputados de una o varias formaciones políticas que, aún sin reunir dicho mínimo, hubieren obtenido un número de escaños no inferior a cinco (...) En ningún caso pueden constituir Grupo Parlamentario separado Diputados que pertenezcan a un mismo partido” (art. 23). “Los Diputados que no sean miembros de ninguno de los Grupos Parlamentarios constituidos podrán asociarse a alguno de ellos (...) (art. 24.3). “Los Diputados que (...) no quedaran integrados en un Grupo Parlamentario (...) quedarán incorporados al Grupo Mixto” (art. 25.1).

De lo hasta aquí visto, resulta que:

a) Corresponde a la potestad organizativa municipal reglamentar la constitución y funcionamiento de los grupos políti-

**LA POTESTAD ORGANIZATIVA
MUNICIPAL REGLAMENTARÁ
LA CONSTITUCIÓN Y
FUNCIONAMIENTO DE LOS
GRUPOS POLÍTICOS MUNICI-
PALES, SIENDO UN
DERECHO-DEBER DE LOS
CONCEJALES PARTICIPAR EN
LOS MISMOS, MEDIANTE SU
INTEGRACIÓN EN LOS
GRUPOS POLÍTICOS
CONSTITUIDOS**

(75) La LOREG fija en el art. 179 el número de Concejales que han de ser elegidos en cada Ayuntamiento en función del número de residentes en el Municipio, con grandes diferencias, desde luego lógicas, entre los Ayuntamientos de grandes poblaciones y las de municipios con un número de residentes reducido, que hace desaconsejable establecer con carácter general para todos los Municipios el número mínimo de Concejales necesario para formar grupo político, que impediría en muchos pequeños Ayuntamientos la formación de más de un grupo político o haría excesivamente elevado el número de los que podrían formarse en las grandes poblaciones.

cos municipales; y, en derecho de reglamentación municipal, regirá la legislación autonómica –de existir– y supletoriamente, el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales.

b) Es un derecho y deber de los Concejales participar en los órganos colegiados municipales mediante su integración en los grupos políticos –(incluido el mixto)– constituidos.

A) La constitución de Grupos Municipales

Del art. 23 del ROFRJEL se deduce la obligación *ex lege* de proceder a la agrupación de los Concejales en este órgano interno de participación política. El procedimiento se inicia a instancia de los concejales que pretenden su configuración, mediante escrito que dirigirá al Presidente y en el que harán constar el miembro del grupo que actuará de Portavoz titular y los suplentes, en su caso, firmado por todos los integrantes del mismo, en un plazo de cinco días hábiles a partir del Pleno constitutivo de la Corporación (art. 24 ROFRJEL). Este plazo no es de caducidad, ya que al ser un derecho de los concejales puede ejercerse más tarde, no debiendo el retraso significar la imposibilidad de su constitución más adelante.

La dación de cuenta al Pleno Corporativo (art. 25 ROFRJEL) no tiene más que efectos informativos.

B) Las alteraciones en los Grupos Municipales constituidos

Constituidos inicialmente los grupos municipales, su composición puede modificarse durante el período del mandato, por trasvase de los Concejales de unos grupos a otros (incluido el mixto). En cuanto la representación de los grupos en los órganos complementarios municipales debe ser, en lo posible, proporcional a su representatividad (art. 20.3 de la Ley 7/1985 y STC de 6 de marzo de 1985), es necesario que las alteraciones en los Grupos se tengan en cuenta para determinar el número de miembros (o votos) que puede designar cada grupo (incluido el mixto), en dichos órganos complementarios.

Ahora bien, constituidos los grupos políticos municipales se plantea la cuestión de si las alteraciones posteriores, además de incidir en la representatividad en los órganos complementarios, afecta a la propia persistencia del grupo que, para salir del mismo alguno o algunos miembros, quede reducido a un número inferior a los exigidos para su constitución en alguna legislación autonómica (Ley canaria).

De lo establecido en el art. 25 del ROFRJEL, donde no se exige un número mínimo para su configuración, constituido un grupo municipal, su reducción posterior no afectaría a la pervivencia del grupo.

Pero no cabe desconocer la fuerza de la interpretación que sostiene que las reglas de constitución de los órganos (y, en este sentido, el grupo lo es) deben mantenerse durante su

funcionamiento. En este sentido, el art. 27.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados establece que “cuando los componentes de un Grupo Parlamentario distinto del Mixto, se reduzca durante el transcurso de la legislatura a un número inferior a la mitad del mínimo exigido para su constitución, el Grupo quedará disuelto y sus miembros pasarán automáticamente a formar parte de aquél”. Vemos, por tanto, que ni siquiera en este caso previsto por el legislador, es causa de disolución la pérdida del número de miembros exigido, como mínimo, para la constitución del Grupo.

En consecuencia, y ante la inexistencia de una regla explícita, puede entenderse que corresponde al Pleno Corporativo adoptar acuerdo interpretando la normativa, pues tal interpretación sería, en definitiva, una regla de organización y funcionamiento de los Grupos, cuya competencia queda residenciada en el Pleno (art. 26 ROFRJEL).

Otro caso es el de los casos en que la legislación autonómica de régimen local exige un número mínimo para su pervivencia, pues aquí debería disolverse el Grupo y pasar sus miembros al mixto.

3. Participación en los órganos colegiados complementarios

A) Introducción

La escueta referencia que la LRBRL hace a los órganos complementarios, se justifica por la clara intención del legislador de que su regulación se lleve a cabo por los propios Municipios y sólo en defecto de tal regulación propia por las Comunidades Autónomas [art. 20.1.c) y 2, en la redacción resultante de la STC 214/1989, de 21 de diciembre]. En el ROFRJEL (art.119) se hace referencia a los órganos complementarios de las Entidades territoriales:

1. En todas ellas:

- a) Los Concejales y Diputados delegados.
- b) Las Comisiones informativas.
- c) La Comisión Especial de Cuentas.
- d) Los Consejos Sectoriales.
- e) Los órganos desconcentrados y descentralizados para la gestión de servicios.

2. En los Municipios, además:

- a) Los representantes personales del Alcalde en los poblados y barriadas.

La LRBRL en su art. 20 establece que la organización municipal responde a unas reglas determinadas. En virtud de éstas, se puede diferenciar entre órganos necesarios y complementarios. Los necesarios –y por tanto– de obligada existencia en todos los

Municipios españoles no precisan de éstos otra actuación que la que se deriva del cumplimiento de la Norma básica.

Los complementarios, según el art. 20.1.c) LBRL, “se establecen y regulan por los propios Municipios en sus Reglamentos Orgánicos” por lo que tienen un carácter claramente contingente, dependiendo su existencia de la voluntad de la propia Corporación. La propia Ley [art. 42.1.a)] reconoce a los Municipios la potestad, de autoorganización.

No hay entre los dos preceptos citados de la Ley Básica Local, contradicción alguna, en cuanto que en un precepto (art. 42) se reconoce la potestad de autoorganización y en el otro, [art. 20.1.1.c)] se concreta que esta potestad, en cuanto se refiere al establecimiento y regulación de los órganos complementarios, corresponde a los Municipios “(...) en sus Reglamentos orgánicos”.

Se planteó un problema, resuelto por la Jurisprudencia en sentido negativo⁷⁶, acerca de si un Ayuntamiento en Pleno puede legalmente adoptar acuerdo de creación y composición de un órgano complementario si éste acuerdo no se enmarca en el de aprobación del Reglamento Orgánico de esa Corporación municipal o –al menos– si tal acuerdo puede adaptarse con expresa afirmación de que el establecimiento y regulación de tal órgano complementario, se consideraba como parte integrante del Reglamento Orgánico, aunque se refiera a otra sesión la aprobación del resto del contenido de dicho Reglamento.

No obstante lo anterior, es cierto que el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por RD 2568/1986, de 28 de noviembre, en su artículo 130 prevé que “El Pleno de la Corporación podrá acordar el establecimiento de Consejos Sectoriales (...)”.

En el precepto reglamentario no se menciona el quorum con el que debe adaptarse el acuerdo plenario de establecimiento de Consejos Sectoriales. No obstante, se debe entender que el rango normativo del ROFRJEL no puede llevar a la interpretación de que el acuerdo plenario sea válido si se adoptase por mayoría simple, por contradecir la normativa básica citada. Debe recordarse que el art. 129, también del ROFRJEL, al regular las Juntas Municipales, de Distrito, tampoco menciona expresamente el quorum con que debe adaptarse el acuerdo plenario de creación de dichas Juntas, pero el art. 129.3 prevé que “El Reglamento de las Juntas Municipales de Distrito se considera, a todos los efectos, parte integrante del Reglamento Orgánico”. Es así que el Reglamento Orgánico tiene que aprobarse por mayoría absoluta, luego debe entenderse que el Reglamento de las Juntas Municipales de Distrito, en cuanto parte integrante del Reglamento Orgánico, tiene que ser aprobado también por mayoría absoluta. Otra interpretación nos llevaría al absurdo de considerar que unas partes integrantes del Reglamento Orgánico requieren este quorum y otras no, distinción que no se deriva de la normativa básica, ni parece que pueda derivarse de su interpretación, por amplia que ésta fuese.

(76) STS de 15 de septiembre de 1995, Ar. 6701.

No obstante, es preciso reconocer que la normativa vigente no es, al respecto, tan clara como para no ofrecer posibilidades a la duda en el intérprete de ella. En efecto, recuérdese que respecto a las Comisiones Informativas, tradicional y más generalizado órgano complementario municipal, nunca se exigió expresamente que su creación se acordase con quorum de mayoría absoluta. Es más, su creación [art. 38.b) ROFRJEL] se prevé como uno de los asuntos que debe resolver el Pleno dentro de los treinta días siguientes al de la sesión constitutiva, cuando –como es evidente– la Corporación todavía puede no haber tenido tiempo para plantearse seriamente tan grave cuestión como es la aprobación de su Reglamento Orgánico.

Al amparo, asimismo, de lo previsto en el art. 20.2 de la Ley Básica, las Leyes de las Comunidades Autónomas sobre Régimen Local “podrán establecer una organización municipal complementaria (...) que regirá en cada Municipio en todo aquello que su Reglamento Orgánico no disponga lo contrario”. Es lo que han hecho ya Canarias, Cataluña y Murcia⁷⁷.

En todo caso, si el Ayuntamiento en Pleno estimara válido el acuerdo de establecimiento de una Comisión Informativa o de un Consejo Sectorial con un quorum de mayoría simple, por considerar que el ROFRJEL no prevé expresamente otro requisito formal para su establecimiento que el de adoptar acuerdo plenario, sin referencia alguna al quorum con que debe adoptarse, es evidente que cualquier recurso contra dicho acuerdo, que se basará en su ilegalidad por falta de quorum, propiciaría que dicha Corporación pudiese entender que se encontraba en la situación de quien adopta acuerdos en cumplimiento de una disposición de carácter general y por tanto el recurrente había de recurrir también la supuesta ilegalidad de dicha disposición de carácter general, en este caso el ROFRJEL, fundando el recurso en que el ROFRJEL no es conforme a Derecho.

EN LA ORGANIZACIÓN MUNICIPAL SE PUEDEN DIFERENCIAR LOS ÓRGANOS NECESARIOS Y LOS COMPLEMENTARIOS. ESTOS ÚLTIMOS, REGULADOS EN EL REGLAMENTO ORGÁNICO DEL MUNICIPIO, TIENEN CARÁCTER CONTINGENTE, DEPENDIENDO SU EXISTENCIA DE LA VOLUNTAD DE LA CORPORACIÓN, DADA SU POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN

(77) La Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias establece que, en caso de no existir Reglamento Orgánico, la organización de los Municipios canarios se regirá por los preceptos de dicha Ley (art. 61.2).

La Ley canaria, después de distinguir entre órganos básicos, complementarios, Entes de gestión descentralizada, órganos de gestión desconcentrada y participación vecinal (Juntas Municipales de Distrito) y órganos de participación vecinal (Consejos de Barrios y Consejos Sectoriales) sólo exige expresamente creación con quorum de mayoría absoluta para la creación de Comisiones Especiales (art. 87).

En Cataluña, la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, después de establecer la reglas que deberán regir en la organización municipal (art. 46) prevé en el art. 50.2 que “corresponderán al Pleno la siguientes atribuciones: (...) d) Aprobar el Reglamento Orgánico y las Ordenanzas. e) Crear y regular órganos complementarios”. Pues bien, en el art. 112.3 al determinar el quorum con el que deben adaptarse los acuerdos plenarios prevé el de mayoría absoluta en los supuestos siguientes: “a) La aprobación y modificación del Reglamento Orgánico de la Corporación. b) La creación y regulación de los órganos complementarios (...)”.

B) Participación en las Comisiones Informativas

La estructura del poder político se extiende a las Comisiones Informativas, cuya dirección —ordinariamente— pertenece al Grupo político dominante en la Corporación. Las Comisiones Informativas pueden ser motor activador de iniciativas y propuestas. Por razones de economía organizativa, se puede pensar en la constitución de una sola Comisión Informativa general. Las Comisiones Informativas se hacen insustituibles para el debate previo al acuerdo a adoptar en sesión plenaria, respecto de aquellos temas en los que se prevea la divergencia de criterios, a fin de que la propuesta que llegue al Pleno, se haya enriquecido con el profundo ejercicio de la crítica política. La Comisión Informativa sirve a la confrontación de las ideas, al ejercicio de la participación y —en fin— al control del programa del grupo de Gobierno municipal.

Situación y perspectivas de los funcionarios de la Administración Local con Habilitación Nacional

LUIS MORELL OCAÑA

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad Complutense
de Madrid

Sumario:

I. El modelo de Habilitación Nacional que recoge el Estado en la legislación básica.

A) Los rasgos que lo definen. B) La cara oculta del modelo estatal. **II. El modelo garantista: del control de la legalidad a la garantía de la imparcialidad en el desempeño del cargo.** A) El control de la legalidad local. B) La garantía de la imparcialidad.

C) Garantía de imparcialidad y Comunidades Autónomas. **III. La búsqueda de la sustantivación del modelo. La colaboración de la normativa de desarrollo.** A) Formación y perfeccionamiento de los Habilitados Nacionales. B) El diseño de la carrera: funciones y puestos de trabajo. 1. Catálogo de puestos de trabajo. 2. Funciones y responsabilidad por su ejercicio. 3. La provisión de puestos de trabajo. a) El sistema de libre designación. b) El sistema de concurso. c) La composición predominantemente técnica del Tribunal del Concurso. d) La problemática de los denominados méritos específicos.

I. EL MODELO DE HABILITACIÓN NACIONAL QUE RECOGE EL ESTADO EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA

A) Los rasgos que lo definen

Si se observa, sobre todo desde un plano evolutivo, la concepción de la Habilitación Nacional que recoge la actual legislación local del Estado, podemos descubrir los rasgos que definen ese modelo:

1º) La insistencia en el aspecto *garantista*. Los antiguos Cuerpos Nacionales son producto del interés del Estado por ajustar la actividad local a la legislación que el propio Estado ha ido dictando. La preocupación dominante es la de la acomodación a la legalidad positiva, por parte de las Entidades Locales. Si se mira a los orígenes de esa insistencia en la legalidad, se concluye que se trataba de desalojar a esas Entidades de la arena política y las preocupaciones que no fueran estrictamente *económico-administrativas*. Se entiende, desde esta perspectiva, que la legalidad es el gran instrumento que asegura y garantiza que las Corporaciones Locales van a quedarse dentro de su propio entorno; sin que invadan el que es propio del Estado y de la política.

Desde la perspectiva de nuestro tiempo, podemos observar con claridad que la figura de los Cuerpos Nacionales se recorta sobre un fondo de problemas típico de nuestro siglo XIX. El Derecho positivo, sobre todo desde 1840 en adelante, proclama enfáticamente que las Corporaciones Locales tienen naturaleza *económico-administrativa*. Expresión con la que se pretende alejarlas formalmente de la política y asentarlas en espacios puramente administrativos. Ahora bien, como contrapeso del reconocimiento de un espacio local propio para el desarrollo de las actividades administrativas, se va sustantivando un sistema de controles, control de la legalidad y de la actividad económica-financiera. Importa al Estado el ejercicio de unas funciones de tutela sobre las Corporaciones Locales; funciones de tutela que, en lo que concierne a las actividades administrativas, *encuentra su centro de gravedad en el ajuste a la legalidad*. Más allá de esa tutela de la legalidad, estará el quehacer de los políticos al frente de las Corporaciones Locales.

2º) La *desustantivación* del modelo, una vez promulgada la Constitución de 1978. Los proyectos de Régimen Local que se suceden, a partir de 1978, suponen la venganza de la política sobre la burocracia. Aquélla ha de estar sobre ésta; y, sobre todo, la burocracia es la única institución a que no se asigna un cometido en el desarrollo de la legalidad constitucional. Muy al contrario, es la concepción constitucional de la burocracia la que se queda a un lado del camino: si la Constitución hace reposar las organizaciones administrativas sobre el funcionariado, el Régimen Local es el mejor ejemplo de un incumplimiento generalizado del mandato constitucional en punto a burocracia. De este modo, el destino de la Habilitación Nacional no puede quedar al margen de la suerte del funcionariado, en general.

Pero, por otra parte, la *desustantivación* del modelo es la expresión más plástica del riguroso *descreimiento* que el legislador estatal tiene sobre la figura de los Habilitados Nacionales que recoge en la *Ley Básica de Régimen Local*. El contraste entre ella y los antecedentes preconstitucionales más cercanos, arroja como consecuencia que ya no existe el fundamento creador: el del control estatal sobre las Entidades Locales, ejercido a través de unos característicos enviados del Estado al mundo local. La desustantivación llevada a cabo por la *Ley Básica de Régimen Local* culmina el diseño legal de unos Habilitados Nacionales que quedan al margen de la propia gestión local: son asesores y asesorarán cuando los políticos locales así lo crean conveniente; los Habilitados Nacionales no se colocan en situación de superioridad alguna frente al resto del funcionariado de la Entidad, puesto que

la jefatura del personal la tienen los Corporativos, y los Habilitados Nacionales sólo tienen la jefatura de su propia dependencia.

3º) *Regulación agotadora* de la categoría e imposición a las Comunidades Autónomas. Entiende el Estado que la única manera de defender la institución es llevar a cabo su regulación; y, a continuación, imponer a las Comunidades Autónomas algo que no pretende compartir con ellas. Si, en general, este mismo problema se ha producido en la regulación del funcionariado, en el mismo ha acabado encontrando, cada Comunidad Autónoma, un ámbito de legislación y ejecución correspondiente. Cuando se trata de los Habilitados Nacionales, el Estado se reserva hasta el último resorte de poder para imponer la figura. Al tiempo que retrocede en el diseño de la misma.

B) La cara oculta del modelo estatal

Aun cuando se entienda que el legislador básico debe definir estas figuras, siempre quedarían al margen de esa definición dos problemas que tienen que encontrar su adecuado desarrollo en el Derecho autonómico. Por una parte, está el problema de la formación de los Habilitados Nacionales. Si el Estado se ha preocupado de marcar el trazo de la formación jurídica, hasta hacerla predominante, tiene que quedar a la legislación de desarrollo, propia de cada Comunidad Autónoma, la *formación interdisciplinar* indispensable en quienes ocupan en el modelo de función pública local un papel estelar. Papel en el que los saberes útiles, relativos a los servicios locales, y el dominio de una dosis de gerencialidad, se hacen indispensables. Queda, igualmente, en la cara oculta del modelo todo lo que de *diversificación* del trabajo tienen los Habilitados Nacionales: imposible ser, al mismo tiempo, gestor y controlador de la gestión; como también servir, sin más, de “funcionario para todo” en los miles de Ayuntamientos pequeños y medios, o de profesional de un sector específico de la actividad de los grandes Ayuntamientos urbanos; imposible, finalmente, dominar todos los espacios vitales del mundo local, sin añadir a su preparación una segunda fase de especialización: ser urbanista, técnico en diversos ámbitos gestores, etc.

Estos y otros problemas tendrían que haber ido cayendo, poco a poco, en el entorno de las Comunidades Autónomas. Éstas,

**EN LA LBRL YA SE REFLEJA
QUE LA FIGURA DE LOS
HABILITADOS NACIONALES
HA PERDIDO SU
FUNDAMENTO
CREADOR: EL CONTROL
ESTATAL SOBRE LAS
ENTIDADES LOCALES.
ACTUALMENTE LOS
HABILITADOS NACIONALES
QUEDAN AL MARGEN DE LA
GESTIÓN LOCAL, SIENDO
ASESORES, AUNQUE SÓLO
ASESORARÁN CUANDO LOS
POLÍTICOS LOCALES LO
CREAN CONVENIENTE**

tienen ahí un campo amplio para cuajar el modelo que el Estado les proporciona; que es un modelo, insistamos, casi vacío. Ocuparse de definir el modelo no supone romperlo, sino compartirlo con el Estado. Éste, en cambio, sólo permite un despliegue autonómico en problemas de pequeña importancia, como es la exigencia de las particularidades jurídicas autonómicas, o los cursos de perfeccionamiento. O, peor aún, los denominados méritos específicos en los concursos. Importancia tiene, en cambio, el dominio del lenguaje propio de cada territorio autonómico; y es ahí donde el principio de igualdad y el de solidaridad, pueden encontrar un buen empuje en el legislador autonómico.

II. EL MODELO GARANTISTA: DEL CONTROL DE LA LEGALIDAD A LA GARANTÍA DE LA IMPARCIALIDAD EN EL DESEMPEÑO DEL CARGO

A) El control de la legalidad local

Hace algo más de setenta años, se produce la creación de los denominados Cuerpos Nacionales de Administración Local. Hasta entonces, el desarrollo de las actividades profesionales, de carácter estrictamente técnico, había estado sometido —como se señala en la Exposición de Motivos del Estatuto Municipal de 1924— “al constante peligro que sobre sus cabezas cernía el vendaval político”. La legislación consolidadora de los Cuerpos Nacionales no hizo otra cosa que distinguir y separar los dos órdenes, el político y el administrativo; sustantivando este último a base de actividades de carácter técnico hasta entonces desempeñados por los políticos y gentes de su confianza. Y era tan inestable la situación burocrática, al hilo de los cambios periódicamente producidos en el elemento político, que quedaban incluso afectadas situaciones personales jurídicamente consolidadas. Por ello, pudo señalar un autor defensor de la Administración ante la Jurisdicción contenciosa, y en relación al primer cuarto del presente siglo, que el noventa y ocho por ciento de los pleitos de personal de Administración Local eran resueltos a favor de los funcionarios.

Es cierto que, a tenor de la inveterada centralización que ha presidido la evolución de nuestro Régimen Local, la sustantivación de la gestión profesional se adoptó sobre la base de estatizar una buena parte de las facultades que en materia de personal, correspondían a las autoridades locales. Estatización con la que, no sólo se pretendía una mayor independencia, sino también el ejercicio del control de la Administración del Estado, plasmado en técnicas diversas, la más llamativa de las cuales pudiera ser la famosa “advertencia de ilegalidad”.

No se olvide, además, que el Estado coloca a los Cuerpos Nacionales en el mundo local para reducir y acantonar a los políticos locales. Frente a ellos, la garantía del Derecho estatal, que es el instrumental que se coloca en manos de los Cuerpos Nacionales. Ese emboscamiento en una calificación de asesores de los que son verdaderamente gestores de la Corporación, pondrá de relieve, cuando llega la época democrática con la Constitución

de 1978, una profunda paradoja. Paradoja radicada en que son los funcionarios los que administran, marginando a los corporativos. Una y otra vez habrá que recordar que la denominada *advertencia de ilegalidad* del Secretario, equivalía al paso del asunto a otras instancias, llevando consigo un *desapoderamiento de la Corporación a efectos decisorios*. De ahí que, desde el comienzo de las Corporaciones Locales representativas de 1978, se produce una evolución tendente a las siguientes consecuencias: 1) residenciar en los miembros de la Corporación, las facultades de gobierno y administración de las mismas; 2) la marginación formal de los Cuerpos Nacionales, respecto de las actividades gestoras. Es tan fuerte esta corriente que, incluso, parece acabar llevándose por delante a los propios Cuerpos Nacionales. No ha sido así, pero, desde luego, la legalidad en vigor, pone de relieve hasta qué punto los Cuerpos Nacionales quedaron acantonados en cometidos ajenos a la gestión diaria de las actividades locales.

Es entonces cuando se puede observar con claridad que el modelo de funciones de los Cuerpos Nacionales estaba demasiado cerca de los quehaceres y problemas del Estado del siglo XIX. Ese Estado quería introducirse en el control de las actividades locales, mediante la sustantivación de Cuerpos de Funcionarios, poseedores de esos mecanismos de control y directamente dependientes del propio Estado.

Unos Cuerpos Nacionales cuyas funciones habían ido avanzando hacia campos que, sobre todo en las grandes Corporaciones, son propios de los políticos más que de los funcionarios. Adviértase que el problema es muy diferente en los Ayuntamientos urbanos y Diputaciones Provinciales, y en las Corporaciones del medio rural. En estas últimas, aproximadamente el 96 por ciento de la totalidad de Ayuntamientos españoles, la burocracia es el Secretario y el personal auxiliar. Y lo es todo desde el punto de vista de su significación en un medio en el que la única Administración existente es la local: la que está cerca del ciudadano, y puede proporcionarle, aunque no sea más que la información necesaria para poder moverse y actuar como tal ciudadano. Si en el mundo rural la problemática es muy particular, en los Ayuntamientos urbanos de una cierta envergadura, los corporativos tenían que asumir con claridad las tareas de gobierno y distinguirse, igualmente con claridad, de los Funcionarios Públicos.

B) La garantía de la imparcialidad

La política recobra su protagonismo y va hacerlo, cabalmente, a cambio de un acantonamiento de los antiguos Cuerpos Nacionales. La época de la transición manifiesta una inestabilidad en la situación de los Funcionarios con Habilitación Nacional. Se produce, además, una generalización de las figuras del interino y del contratado para el desarrollo de funciones típicas de los Cuerpos Nacionales. Como también la instauración de apoyos de tipo gerencial o de confianza, en cuanto sustitutivos de los Nacionales.

Al hilo de cuanto se acaba de señalar, hay que subrayar en el Régimen Local un desplazamiento de los estratos representativo y burocrático-directivo. Se produce, desde luego, un desplazamiento del estrato político hacia funciones directivas de carácter burocrático. La *Ley Básica de Régimen Local* parte del designio de hacer efectiva la afirmación constitucio-

nal de que el gobierno de las Entidades Locales está en manos de los corporativos elegidos por la ciudadanía. Más aún, respalda ese designio mediante la configuración, en el art. 75, del régimen de dedicación exclusiva aplicable a determinados de ellos.

De ese modo se produce un desplazamiento de los corporativos hacia funciones directivas de carácter burocrático, en nuestro Régimen Local. Resulta ser este fenómeno una consecuencia de la anterior administrativización de un Régimen Local no representativo, como es el que llega a las fechas anteriores a la Constitución de 1978. El sentido de este desplazamiento del estrato político hacia funciones directivas tiene el sentido de una desburocratización indispensable: se trataba de colocar en su sitio a la capa de representantes que constituyen la Corporación Local. Hay, sin embargo, determinados aspectos en los que la presencia de la política lleva a un desgaste innecesario de los corporativos, sin ventaja ninguna para la propia Corporación. Así, por ejemplo, los Tribunales de oposiciones y concursos, en los que la normativa vigente establece la presencia de gentes venidas del estrato político; o algo mucho más discutido, como son las adjudicaciones de contratos, en las que el trazo significativo ha de ser el cumplimiento de la legalidad. La decisión ha de recaer en quienes tengan la preparación necesaria, y la garantía de imparcialidad derivada de su condición de funcionario público. La política ha de quedar inmune frente a problemas que pueden resolverse, con arreglo a Derecho, y solamente con arreglo al mismo; de modo que la introducción a un factor diferente en la decisión no acarrea ninguna ventaja para la institución y para sus representantes.

El sentido actual de la garantía estatal es bien diferente: es la garantía de imparcialidad. Los Habilitados Nacionales se colocan en la Corporación, no sólo al servicio del equipo de gobierno, sino también de la Corporación en su conjunto. En la evolución cotidiana, se ha de cumplir el programa establecido por el equipo de gobierno para su mandato; pero, junto al mismo, hay funciones que constituyen una invariante, funciones de carácter permanente que son de la Corporación en cuanto a tal. La conservación de ellas, incluso frente a determinadas actitudes del equipo de gobierno, es tarea de carácter permanente que habrán de abordar quienes custodien la legalidad en vigor y las funciones inherentes a la institución en cuanto tal.

Ciertamente, carece de sentido, y a ello se ha hecho ya referencia, acantonar unos Cuerpos directivos en misiones de control de la legalidad, material o económico-financiera. No es fácil, por otra parte, que quienes desempeñan la plaza de Secretario, Interventor o Tesorero en una Corporación Local puedan al mismo tiempo ser gestores y controladores de la gestión. Pero, la realidad disuelve enseguida esta antinomia aparente; en cuanto la Corporación Local cuenta con una organización de cierta envergadura, estos funcionarios directivos pueden coordinar sin dificultad su doble carácter: el de gestores, en relación con la estructura burocrática que de ellos depende (sólo, recuérdese, los servicios generales), y el de asesoría de control de la legalidad, en relación con los órganos de gobierno. Es esta última la que padece ahora el desprestigio causado por las exageraciones del pasado inmediato. Ahora la *Ley Básica de Régimen Local* ha constreñido la extensión y eficacia de esta función asesora; la autonomía de la Corporación no queda

cercenada en ningún sentido. Y menos aún si el asesoramiento se centra —aunque no deba limitarse a ello— en la adecuación o no a la legalidad del acuerdo que se pretende adoptar por los órganos de gobierno de la Corporación.

Estos Habilitados Nacionales, en el ejercicio de los cargos de Secretario, Interventor y Tesorero, están, pues, al servicio de la Corporación en su conjunto. Hay todavía una precisión que añadir: las tareas que la legalidad les encomienda se refieren, en una porción significativa, a la institución en cuanto tal, y no sólo al conjunto de elegidos que, en un momento dado, integran la Corporación. El conflicto entre fines permanentes de la institución y objetivos actuales de la misma no es una pura hipótesis; se ha hecho presente en el pasado y ahora. Es, en efecto, una constante la tentación de nuestros administradores locales de hipotecar el futuro de la Entidad recurriendo a financiaciones cuyo pago se desplaza hacia adelante. Para cumplir objetivos económicamente inalcanzables, con los recursos actuales de la entidad, se realizan actos de disposición de bienes o endeudamiento que dejan comprometido el futuro de la institución. El Derecho Positivo ha puesto límites a esta actitud; el accionamiento de los resortes precisos reposa, en buena parte, sobre estos Habilitados Nacionales. Difícilmente, sin embargo, podrán invocar estos límites —que no son pura formalidad, que defienden los fines permanentes de la institución— si no lo hacen desde una posición de independencia personal; desde la imparcialidad que el legislador les otorgaba en 1985, y que ahora, en 1993, les niega allí donde más falta hace.

C) Garantía de imparcialidad y Comunidades Autónomas

El art. 92 de la *Ley Básica de Régimen Local* vincula las funciones que se reservan a los Habilitados Nacionales, a la

“mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”.

Dicha garantía es expresión, por otra parte, de imperativos constitucionales que están en el art. 103. Si la *Ley Básica* refuerza dichos imperativos, al atribuirle determinadas funciones a los Habilitados Nacionales, resulta lógico señalar a las Comunidades Autónomas, y no solamente al Estado, en cuanto actores de la garantía de imparcialidad. Las Comunidades Autónomas están, además, en condiciones de añadir matices

EL SENTIDO ACTUAL DE LA GARANTÍA ESTATAL QUE LOS HABILITADOS NACIONALES HAN DE SALVAGUARDAR ES DE IMPARCIALIDAD. SE COLOCAN EN LA CORPORACIÓN NO SÓLO AL SERVICIO DEL EQUIPO DE GOBIERNO, SINO TAMBIÉN DE LA CORPORACIÓN EN SU CONJUNTO. JUNTO AL CUMPLIMIENTO DEL PROGRAMA DE GOBIERNO CONCURREN FUNCIONES DE CARÁCTER PERMANENTE QUE SON DE LA CORPORACIÓN EN CUANTO TAL

que perfilen dicha garantía. La independencia e imparcialidad, son datos que hacen referencia a la situación personal de los habilitados nacionales, en el ejercicio de sus funciones. Frente a situaciones de riesgo, cabría volver a traer al presente algunas de las situaciones del pasado; concretamente, la vieja y denostada *advertencia de ilegalidad*, o la *formulación de reparo* por quienes se sitúan en el área económico-financiera.

Recuérdese, a este respecto, que el vehículo a través del cual se puede y debe hacer presente la función asesora de los Habilitados Nacionales, es a través del deber de remisión de los actos y acuerdos de las Corporaciones Locales. Este precepto, incluido en el art. 56 de la *Ley Básica de Régimen Local*, permitiría habilitar a las Comunidades Autónomas para aceptar o no compartir las advertencias y reparos, que podrían incluirse en el expediente de remisión de actos y acuerdos locales, cuando los Corporativos o el correspondiente Habilitado Nacional, lo estimare conveniente. Sería un modo de cooperar al mantenimiento de la legalidad local, en términos que sobrepasan el fragor de la sesión corporativa en que se ha adoptado el acuerdo. A favor de esta posibilidad juega también una situación como la presente, en la que existe una excesiva judicialización de la vida local; quizá porque las minorías no gobernantes carecen de un eco bastante, y hasta un área no judicial, o al menos no judicial penal, en que puedan ser escuchadas y razonárseles sobre sus puntos de vista, o los de la mayoría que adopta el acuerdo.

Es también de tener en cuenta la posibilidad de fórmulas e instituciones de *arbitraje*, situadas en la Administración autonómica; fórmulas a las que pudiera acudir el personal con Habilitación Nacional, para evitar procesos relativos a su situación, o encontrar fórmulas para el mejor desarrollo de sus actividades funcionales.

III. LA BÚSQUEDA DE LA SUSTANTIVACIÓN DEL MODELO. LA COLABORACIÓN DE LA NORMATIVA DE DESARROLLO

A) Formación y perfeccionamiento de los Habilitados Nacionales

La legalidad estatal habilita la posibilidad de que la selección y formación de estos funcionarios públicos, se realice en las Escuelas de Funcionarios de las Comunidades Autónomas, con las que el INAP haya convenido una delegación (art. 98 *Ley Básica de Régimen Local*). El contenido de la formación queda, en la Ley como una norma en blanco, a rellenar por el propio legislador, tanto estatal como autonómico; el legislador estatal puede sentar las bases de una formación que se puede lograr en los niveles autonómicos.

Si la clave de entendimiento del funcionariado español es su formación, la de los Habilitados Nacionales ha de diseñarse por quienes, junto al Estado, deben cuidar de las Entidades Locales; es decir, las Comunidades Autónomas. A ellas corresponde, ahora

mismo, llenar de contenido un esquema de funcionariado que el Estado ha dejado literalmente en el vacío. Un salto imprescindible es el que lleve a estos Habilitados Nacionales, desde las preocupaciones de la primera mitad del siglo XX, a las propias de finales del milenio. Eso supone, una preparación interdisciplinar, una diversificación de especializaciones, para que los funcionarios tengan la capacidad de respuesta que cabe esperar de un estrato directivo que los poderes públicos han situado en el mundo local.

Precisamente, la perspectiva estrictamente jurídica, que ha venido monopolizando, en la práctica, la formación de los Habilitados Nacionales, puede subrayarse en el nivel estatal o básico de la legislación. Pero, a partir de ahí, queda un largo trecho que puede recorrerse por el legislador autonómico, añadiendo contenidos formativos que puedan propiciar un cambio en la mentalidad y en las perspectivas funcionales de estos Habilitados Nacionales. Apoya esta idea el dato de que, en el entorno tradicional de los Habilitados Nacionales, coinciden opciones funcionales bien diferentes, entre sí. Así, en primer lugar, junto a puestos de trabajo en los que se realicen tareas de control de la legalidad, bien general, bien económico-administrativa, resulta indispensable abrir la Habilitación Nacional a funciones diferenciadas, de carácter gestor. No resulta, en este aspecto, sorprendente que una función directiva local, de carácter estrictamente profesional, quede dispuesta a saltar sobre la barrera de la legalidad e instalarse en el interior de las funciones gestoras. El Estado y las Comunidades Autónomas no pueden seguir dejando a un lado la problemática gestora en unas Administraciones que, como las Locales, son genuinamente *finalistas*.

Esta sola consideración permite avistar un amplio campo en el que las Comunidades Autónomas se incorporen a la formación de los Habilitados Nacionales. De ellas puede ser una formación cuyo contenido sea *interdisciplinar* y de cara a la gestión de servicios, burocráticos y no burocráticos. En la situación actual, en la que la jurisprudencia constitucional parece haber colgado las Habilitaciones Nacionales, en el ámbito de la competencia estatal, mediante convenios o delegaciones, puede diseñar el Estado las tareas formativas que permitan llenar de contenido el actual modelo de Habilitados Nacionales, y prepararlos para tareas tan diferentes como pueden ser las de controlar la gestión, o hacer la gestión; llevar la asesoría jurídica de un Ayuntamiento o Departamento del mismo, como puede ser el urbanístico; o gestionar tareas burocráticas o técnicas, en posición de *staff* del equipo político, o puestos de trabajo con atribuciones administrativas propias.

El diseño de la formación de los Habilitados Nacionales es, desde luego, mucho más trascendente que la selección de los mismos. El desvaído modelo funcional que incluye la *Ley Básica*, sólo puede tener un color y un significado cuando se le complete con los rasgos que añada el Derecho autonómico. Por supuesto, el perfeccionamiento de estos funcionarios, tiene una cabida en las Comunidades Autónomas. Problemas que pueden causar divisiones y desigualdades, como es la cuestión del segundo idioma pueden resolverse en este tipo de formación autonómica en la que, junto a particularidades del Derecho autonómico, no debe separar de antemano, ya en las oposiciones de entrada, a unos y otros según de donde provengan. Una vez accedido a la condición de Habilitado Nacional, la situación de destino en una Comunidad Autónoma, puede y debe llevar consigo el añadido del segundo idioma de la misma, o las particularidades de su Derecho o de sus asentamientos locales.

B) El diseño de la carrera: funciones y puestos de trabajo**1. Catálogo de puestos de trabajo**

Si se observa el *Real Decreto 1732/1994*, de 29 de julio, se advierte, como un reflejo que lo domina: ese descreimiento a que ya se ha hecho referencia. Cuando el legislador estatal aborda, a partir del art. 2, la clasificación de los puestos de trabajo correspondientes a los Habilitados Nacionales, se ha permitido prescindir de aquellos contenidos característicos de una catalogación y clasificación de los puestos de trabajo. Se ha limitado a una tipología en la que se combinan cuestiones que tienen que ver con el tipo de Entidad Local y la categoría de los funcionarios que pueden ser designados.

Un *Catálogo* de puestos de trabajo que realiza el Estado, en relación con los funcionarios que obtienen la Habilitación Nacional, no puede ser realizado más que de acuerdo con las normas que enfocan las organizaciones administrativas como un conjunto de puestos de trabajo. Es, en primer lugar, primordial realizar una *tipología* de los puestos que pueden ocupar los funcionarios con Habilitación Nacional. Una tipología que permita, al realizarse a nivel básico, generalizar la figura en todo el territorio nacional. Esa tipología no puede, por otra parte, empezar y acabar en los términos a que se refiere el art. 2. Según el mismo, los puestos de trabajo reservados a funcionarios con Habilitación Nacional, serán las Secretarías (de clases primera, segunda y tercera), las Intervenciones (de clases primera y segunda), las Tesorerías y, como rúbrica residual y final, los denominados *puestos de colaboración*. El diseño de las estructuras de las Entidades Locales no puede, ni mucho menos, quedar reducido a esta catalogación. Precisamente, por ello, la imagen que destila el legislador es la propia de un *acantonamiento* de unos funcionarios que tienen que ser directivos en la Administración Local.

Una Catalogación y Clasificación de puestos de trabajo se ha de abrir a una *evaluación* de las tareas asignadas a cada puesto, con determinación de las *aptitudes* y *conocimientos* precisos para su desempeño, así como el grado de *responsabilidad* y *dificultad* que es inherente. Al hilo de todo ello aparecen problemas tan trascendentes como el de la retribución del funcionario que la ocupe, así como el nivel que se puede otorgar a cada uno de los tipos de puestos de trabajo.

Por una parte, la catalogación y clasificación de los puestos de trabajo tiene que abrirse, tanto a las funciones reservadas a los Habilitados Nacionales, como a las no reservadas. No está escrito en ningún sitio, y desde luego no en la legislación básica, que los funcionarios con Habilitación Nacional pueden, sola y exclusivamente, ser Secretario, Interventor o Tesorero, o a lo sumo colaborador de quien figure en dichos cargos. Muy al contrario, la selección y formación de estos funcionarios permite la apertura de los mismos hacia tareas bastante más amplias, sobre todo en los Ayuntamientos urbanos.

Por una parte, la catalogación de los puestos de trabajo debe incluir aquellas funciones no gestoras que son características de los Secretarios, Interventores y Tesoreros; pero,

junto a ellas, aquellas tareas propias de puestos de trabajo de gestión superior, y que, en principio, no parecían de fácil coexistencia con las funciones típicas de control y asesoría que han venido realizando los funcionarios con Habilitación Nacional. Orienta hacia esa apertura la propia *Ley Básica de Régimen Local*. El art. 92.2 se refiere a las funciones que reserva de modo directo a los Habilitados Nacionales; y después apunta a “aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios (...)”. Así, pues, una clasificación de puestos de trabajo abierta a las necesidades actuales de las Entidades Locales, debe incluir: 1º) las funciones reservadas a los Habilitados Nacionales, con la consiguiente descripción y valoración, así como las aptitudes necesarias para su desempeño; 2º) funciones no reservadas a los Habilitados Nacionales en la *Ley Básica de Régimen Local*, pero que pueden acceder a ellas, en las condiciones que se especifique por el Derecho estatal o autonómico.

Es el despliegue de estas últimas el que puede proporcionar un nuevo y definitivo significado a los funcionarios con Habilitación Nacional. La evolución de las Administraciones Locales de cierta envergadura, nos proporcionan la seguridad de que existen segmentos o sectores de la propia organización, que pueden descansar sobre los funcionarios con Habilitación Nacional. No nos reñamos sólo al urbanismo, sino que incluyamos también funciones tan característicamente urbanas como las de servicios de suministro, tráfico urbano, equipamientos sociales, integración de la colectividad, etc. Lo mismo que es imprescindible señalar con claridad los puestos de trabajo propios del medio rural y aquellos que son propios del medio estrictamente urbano. Son dos mentalidades, dos quehaceres y, casi, dos profesiones diferentes.

Sólo así, diseñando los cometidos funcionales propios del Catálogo y la correspondiente Clasificación de puestos de trabajo, se puede brindar a las Comunidades Autónomas una normativa de desarrollo en la que, de modo efectivo, se vaya proyectando la carrera de los funcionarios con Habilitación Nacional.

2. Funciones y responsabilidad por su ejercicio

El Real Decreto que se analiza parte de la idea de que, en relación con los Habilitados Nacionales, se trata solamente de referirse a las funciones que se realicen bajo su responsabilidad. Ni siquiera es cierto ya que esos puestos se desempeñen

EN EL DISEÑO DE LA CARRERA DE LOS HABILITADOS NACIONALES LA CATALOGACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO HA DE ABRIRSE TANTO A LAS FUNCIONES QUE LES ESTÁN RESERVADAS COMO A LAS NO RESERVADAS, YA QUE LA LEGISLACIÓN BÁSICA EN NINGÚN MOMENTO ESTABLECE QUE PUEDAN SER EXCLUSIVAMENTE SECRETARIO, INTERVENTOR Y TESORERO

por Habilitados Nacionales, sino que pueden llevarse a cabo por otras personas o funcionarios que los propios Habilitados Nacionales designen, en su caso, y que realicen las tareas bajo la responsabilidad del Habilitado Nacional.

Es un planteamiento realmente sorprendente: la diferenciación entre el ejercicio de las funciones atribuidas a los Habilitados Nacionales, y la responsabilidad administrativa derivada del ejercicio de aquellas funciones. Como se observa con claridad en el art. 92.3 de la *Ley Básica de Régimen Local*, a los funcionarios con Habilitación Nacional no les están reservadas las funciones que a continuación detalla el precepto; sólo les está reservada la *responsabilidad administrativa que se derive de su ejercicio*. Es decir, “esas funciones podrán ser encomendadas por la Corporación a funcionarios propios de la misma carentes de la Habilitación de carácter Nacional”.

El responsable del desarrollo de esas funciones, cumple con realizar la propuesta de un funcionario determinado; el mismo actúa como delegado del funcionario con Habilitación Nacional. Esto, que ha sido reiteradamente reconocido, en este sentido, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 14 de enero de 1992, 25 de febrero de 1993, 15 de abril y 29 de septiembre de 1994 y 12 de junio de 1995) implica que, en los Ayuntamientos urbanos, basta con que exista un Habilitado Nacional para las funciones de Secretaría, y otro para las de Intervención; teniendo un solo sumando para cada una de estas funciones, está cumplida la Ley, puesto que si hacen falta más funcionarios para el desarrollo de aquellas funciones, puede habilitarles la propia Corporación. El responsable, el Habilitado Nacional, realiza la propuesta de delegación en favor de otro funcionario. Más le hubiera valido a la *Ley Básica de Régimen Local* identificar Habilitados y funciones, haciendo lógica la deducción de la correspondiente responsabilidad. Al no hacerlo así, entre la denominada “Habilitación Nacional asistida”, con que pueden contar las Diputaciones Provinciales, y la Delegación para los Ayuntamientos urbanos, puede desde luego reducirse el papel de los Habilitados Nacionales en la práctica. Señala, a este respecto, la STS de 4 de diciembre de 1990:

“(…) si el puesto de trabajo de Tesorería, está reservado a funcionarios con Habilitación Nacional o puede ser desempeñado por funcionarios cuya selección corresponda a la propia Entidad, y que en las Corporaciones con Secretaría de 3ª, la responsabilidad por las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación podrá ser atribuida a miembros de la Corporación o a funcionarios cuya selección corresponda a la propia Corporación, la invalidez la funda el actor en la supuesta oposición al art. 92.4 de la Ley de Bases del Régimen Local, ya que según dice: aunque este precepto admite la posibilidad de que la responsabilidad administrativa de las funciones indicadas pueda ser atribuida a miembros de la Corporación, o, a funcionarios sin Habilitación Nacional, tal posibilidad está limitada a aquellos casos excepcionales que así se determine por la legislación del Estado, mientras que en el precepto reglamentario la excepción se convierte en regla general y se establece por la norma sin rango legal; aparte de que ese precepto legal —el art. 92.4. de la Ley de Bases del Régimen Local— sería inconstitucional por posibilitar, si acaso, una regulación reglamentaria en una materia sujeta a reserva legal, sin limitación al ejecutivo.

Tales argumentaciones carecen de relevancia dado que el propio Decreto recurrido, a través del precepto cuestionado, justifica la excepcionalidad, dando cumplimiento a uno de los objetivos señalados para su existencia, en su propia Exposición de Motivos (párrafo 2º de la misma), al aludir a que esa medida se posibilita en las Corporaciones con Secretaría de 2ª, sin agrupación para sostener el puesto de tesorería, o de 3ª (demás funciones), o bien por la circunstancia de que en el art. 14 del Decreto impugnado mantiene, incluso en esas Corporaciones, las funciones de Intervención, con el consiguiente control del gasto del Tesorero y coordinación de la contabilidad, que garantiza la corrección de la función aunque sea ejercida por funcionarios sin Habilitación Nacional, justificando también la excepción legal. Sin que pueda afirmarse, en virtud de lo dicho, que haya una atribución generalizada, pues aparece referida a supuestos excepcionales, ni apreciarse infracción de reserva legal, pues la mención en el punto 4 del art. 92 de la Ley de Bases de Régimen Local de la legislación del Estado puede tomarse como referente al bloque normativo del Estado, en el que se encuadra el Reglamento recurrido, que tiene ese origen; ni, tampoco aducirse presunta inconstitucionalidad, pues no hay una remisión incondicionada del legislador a la acción reglamentaria del Gobierno, ya que se señala el límite de los supuestos excepcionales”.

Semejante despropósito tiene que dar paso a una situación mucho menos decimonónica y más ajustada a las necesidades de las Administraciones Locales de nuestro tiempo.

3. La provisión de puestos de trabajo

Solamente cuando se haya llenado de contenido, todo cuanto se refiera a los puestos de trabajo reservados o abiertos a los Habilitados Nacionales, tendrá un sentido el sistema de provisión en vigor. En el mismo, se establece una puntuación baja para los denominados méritos de determinación autonómica. Y, según el art. 16, son méritos relacionados con el conocimiento de las especialidades de la organización y normativa de las Comunidades Autónomas. Hay, en este sentido, una normativa autonómica que detalla este concepto genérico. Si las Comunidades Autónomas intervienen en la clasificación de los puestos de trabajo, y los mismos tienen las connotaciones y especialidades que puedan ser características, los méritos que puedan determinar las Comunidades Autónomas podrán ser más amplios.

a) El sistema de libre designación

El art. 99 de la *Ley Básica de Régimen Local*, en su redacción actual, establece, como se sabe, el concurso como sistema normal de provisión de puestos de trabajo, para los funcionarios con Habilitación de carácter Nacional. Con carácter excepcional, podrán cubrirse por el sistema de libre designación los puestos que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo. Añade que sólo podrá adoptarse este sistema en atención al carácter directivo de las funciones o la especial responsabilidad que asuman, en el desempeño de puestos determinados. Esos cargos son los de ejercicio en Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, Ayuntamientos capitales de Comunidad Autónoma o de Provincia y Municipios con población superior a cien mil habitantes, siempre que tengan asignado

nivel 30 de complemento de destino. Se añade que, cuando se trate de puestos de Intervención o Tesorería, además de los requisitos anteriores, la cuantía mínima del presupuesto ordinario de la Corporación habrá de ser superior a tres mil millones de pesetas.

Desde 1993, se adentra en el Régimen Local el sistema de libre designación de determinados funcionarios con Habilitación Nacional. El sistema de libre designación no parece propio de determinados puestos de trabajo, como los del Secretario o Interventor de la Corporación, en los que su función es, precisamente, *declarar un parecer en condiciones de independencia*. El sistema de libre designación, con su secuela de libre remoción, hace muy difícil ganar esa independencia de juicio. Además, el sistema de libre designación vincula los Habilitados Nacionales al equipo de gobierno de cada momento siendo así que, tendrán también que informar, en idénticas condiciones de independencia e imparcialidad, de las propuestas que realicen, frente al equipo directivo, quienes componen la minoría de la Corporación.

La libre designación se proyecta sobre determinados puestos de trabajo en atención a la *naturaleza de las funciones* a desempeñar o la *especial responsabilidad* que asume su titular. Resulta clara la incompatibilidad de este sistema con aquellos puestos de trabajo en que su titular haya de hacer una aportación propia, diferenciada de la que corresponde a su “principal” —para utilizar el lenguaje coloquial de la empresa americana— en el marco de la gestión. Es decir, que el desempeño del puesto conlleve una actividad de gestión, un parecer o una decisión propios, producto del dominio de un saber diferenciado o de una experiencia profesional específica. La única manera de que ese quehacer personal siga siendo producto de la aptitud profesional del que lo realiza es que el sujeto lo lleve a cabo en condiciones de independencia personal. Esto es, que no tengan sobre su cabeza la espada de Damocles que supone la posibilidad de cese fulminante, si ese quehacer no se acomoda a los deseos del “principal”.

No hay independencia personal, no hay la necesaria *imparcialidad*, en el funcionario que, al emitir un informe, por ejemplo, sabe que, de no hacerlo como su jefe pretende, se juega la permanencia en el puesto de trabajo. Estamos contemplando, además, puestos de trabajo cuyo cometido fundamental es el del asesoramiento al estamento político de la Corporación. En este caso, además, el asesoramiento tiene perfil específico, porque la legalidad le asigna una inexcusable función de control, de adecuación de las decisiones corporativas a la propia legalidad.

Pero hay, sobre todo, una consideración trascendente. Es la que se deriva del contexto en que estos Habilitados Nacionales han de ejercer su tarea. Tanto la *Ley Básica de Régimen Local* como la *Ley Orgánica del Régimen Electoral General* adoptan, para las Corporaciones Locales, el modelo de gobierno parlamentario. Lo que implica que todos los resortes de mando quedan en manos de la mayoría constituida en el Pleno de la Corporación; es esta mayoría la que, al otorgar su confianza al Alcalde o Presidente, le habilita para cubrir con corporativos de su confianza las jefaturas o delegaciones que se asignan a la clase política.

La minoría queda circunscrita a una tarea de crítica, en el Pleno de la Corporación y en sus Comisiones Informativas. Pues bien, parece concluyente que el Secretario, Interventor y Tesorero no han de serlo solamente de aquella mayoría decantada en el Pleno: también de la minoría. Es ella la que ha de contar con la ayuda de estos Habilitados Nacionales para ejercer de modo adecuado su función: aunque ésta quede reducida a la crítica de las decisiones que adopte o pretenda adoptar el equipo de gobierno.

Difícilmente se puede lograr, por supuesto, la imprescindible imparcialidad, subrayada expresamente por la *Ley Básica de Régimen Local* para los funcionarios locales, si es ahora el propio legislador el que coloca a estos bajo la exigencia de una lealtad personal hacia la fracción dominante en la Corporación. Bastará ilustrar esta afirmación con algún ejemplo: el del informe preceptivo del Secretario. La norma lo impone, ahora sólo en ocasiones determinadas, como expresión de un control previo de la legalidad de un acuerdo que se va a adoptar. Lógicamente, ese acuerdo ha sido postulado por el equipo de gobierno, que cuenta con la mayoría de apoyo en el Pleno para sacarlo adelante. El Secretario libremente designado por esa mayoría, en el instante en que ha de elaborar el informe preceptivo, habrá de ser consciente de que el juicio de valor que emita no ha de ser solamente el de conformidad o no con la legalidad aplicable, sino con la interpretación que esa mayoría le ha dado a esa legalidad. Si discrepa de ella, bastará que exprese formalmente esa discrepancia para que haya conculcado la lealtad que debe a quien le designó libremente.

Políticamente, la discrepancia es actitud que acapara, precisamente, la oposición; discrepar puede ser entendido, entonces, como deslealtad a la mayoría gobernante. La consecuencia, claro, la destitución. A su vez, para la oposición será muy difícil ejercer su función, porque el juicio de legalidad se hace, al menos, cada vez más opaco si se realiza por un funcionario que ha prestado su lealtad personal a la mayoría; y que, sobre todo, sólo seguirá ejerciendo el cargo mientras actúe de modo acorde con esa lealtad debida.

Ese conflicto entre confianza de la mayoría designante e imparcialidad debida se planteará de modo constante en el seno de la Corporación. Así, cuando en el desarrollo de las sesiones algún corporativo solicite del Presidente que el Secretario informe en el curso del debate, sobre el sentido que determinada propuesta tiene desde la óptica legal; ser impar-

LA LBRL ESTABLECE EL CONCURSO COMO SISTEMA DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO PARA LOS FUNCIONARIOS CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL. EXCEPCIONALMENTE, PODRÁN CUBRIRSE POR EL SISTEMA DE LIBRE DESIGNACIÓN LOS PUESTOS QUE SE DETERMINEN, EN ATENCIÓN AL CARÁCTER DIRECTIVO DE LAS FUNCIONES O LA ESPECIAL RESPONSABILIDAD QUE HAYA DE ASUMIRSE

cial, en la expresión de su parecer solicitada por un miembro de la minoría, equivaldrá, en el plano político, a proporcionar munición destructiva a esa minoría; quizá, incluso, la derrota política de la mayoría. El precio de esa imparcialidad lo sabrá muy bien el funcionario: puede ser el de su cese fulminante, y su sustitución por otro más leal al equipo gobernante.

b) El sistema de concurso

Establecido el concurso como sistema generalizado de provisión de los puestos de trabajo. Añade la Ley, y desarrolla el Decreto de 29 de julio de 1994, que los concursos pueden ser *ordinario* y *unitario*. El concurso ordinario se convoca con carácter anual por los Presidentes de las Corporaciones Locales y se publica simultáneamente por el órgano competente de las Comunidades Autónomas. Con carácter subsidiario, el Ministerio para las Administraciones Públicas convocará con igual periodicidad concurso unitario en cada subescala para la provisión de los puestos de trabajo vacantes y reservados a concurso en cada subescala.

El esquema del concurso, en lo que concierne al baremo del mismo, se divide en los denominados méritos generales, méritos de determinación autonómica y méritos específicos. Los méritos *generales* se establecen por el Ministerio para las Administraciones Públicas. Se trata, en todo caso, de un conjunto de supuestos aplicables, con carácter general, a la carrera y a los puestos de trabajo en que se descompone. Es decir, su análisis puede arrojar un determinado juicio de valor con referencia a cualquiera de los puestos de trabajo asignables a los Cuerpos con Habilitación Nacional. Son:

- 1º) Los servicios prestados en situación de activo o asimilado, con estimación particular de la permanencia continuada en el puesto reservado desde el que se concursa;
- 2º) El grado personal consolidado;
- 3º) Las titulaciones académicas que se establezcan, en relación con cada subescala y categoría.
- 4º) Los cursos de formación y perfeccionamiento homologados o reconocidos en las condiciones que se determinen por el Ministerio para las Administraciones Públicas;
- 5º) La antigüedad.

La intervención de las Comunidades Autónomas, en el concurso queda referida, por una parte, al conocimiento de la lengua oficial propia, en los términos previstos por la respectiva legislación autonómica, y el baremo de méritos de valoración autonómica. Estos últimos son los:

“relacionados con el conocimiento de las especialidades de la organización territorial y de la normativa de las Comunidades Autónomas”.

A señalar, no obstante, que esos méritos autonómicos deben tener menos que ver con la lengua o la normativa específicas de cada Comunidad Autónoma; muy al contrario, habrían de poner el acento en las características de los puestos de trabajo, en relación con las características de la sociedad y la economía de cada Comunidad Autónoma. Dejemos la problemática del lenguaje y la normativa autonómicas, para el momento en que el concursante tenga que hacer frente a una sociedad cuyo modo de ser y lenguaje tiene que aprender, para moverse adecuadamente, y, en todo caso, se puede incluir, entre los méritos autonómicos, el lenguaje propio de la Comunidad Autónoma, para señalar determinados puestos, e incluir entonces el lenguaje en la caracterización del puesto, en la relación de puestos de trabajo. Finalmente, esta diversificación de los puestos de trabajo en sus características, permitirá el ejercicio de algo tan complicado, en la actualidad, como son los denominados méritos específicos, no sólo teóricos, también experiencia, “relacionados con las características del puesto de trabajo y funciones correspondientes” (art. 17).

En último término, están los méritos específicos. Éstos se establecen por cada Corporación Local y son de dos clases:

“1º) Los directamente relacionados con las características del puesto de trabajo y funciones correspondientes;

2º) Los cursos de formación y perfeccionamiento sobre materias relacionadas con dichas características y funciones.”

El citado art. 99 de la *Ley Básica de Régimen Local* otorga un porcentaje, en la valoración, a cada uno de estos grupos de méritos. Los méritos generales, que serán de preceptiva valoración en todo caso, alcanzarán el 65 por ciento del total posible conforme al baremo correspondiente. Si no se establecen otros méritos, los generales llegan a ser el cien por ciento del baremo.

Los méritos correspondientes al conocimiento de las especialidades de la organización territorial de la Comunidad Autónoma y de su normativa específica, podrán alcanzar hasta el 10 por ciento del total posible. Y los méritos específicos, determinados por cada Corporación Local, alcanzarán hasta un 25 por ciento del total posible.

El problema que aparece en la jurisprudencia tiene una doble vertiente. Por una parte, la composición de los Tribunales que juzguen los concursos; por otra, ante todo y sobre todo, la configuración de los méritos específicos.

c) La composición predominantemente técnica del Tribunal del Concurso

La jurisprudencia sitúa, precisamente, en el significado del Tribunal o Comisión técnica, uno de los trazos configuradores del sistema de concurso. Efectivamente, en la ya citada STS, de 3 de enero de 1996, diferencia el concurso de la libre designación, en estos términos:

“el sistema de libre designación suponen por definición la ausencia de un Tribunal o Comisión Técnica, pues la discrecionalidad técnica que ostentan dichos Tribunales o Comisiones según reiterada jurisprudencia, corresponde lógicamente en los casos de libre designación a la autoridad a la que se atribuye la competencia para ello”.

La exigencia de la legalidad es, como es sabido, que el Tribunal o Comisión tenga una *composición predominantemente técnica*. Esto lo desenvuelve el razonamiento jurisprudencial, en el sentido de que la cualidad por la que se designa, a una persona, como miembro del Tribunal o Comisión y la calidad con la que se actúa en el seno del órgano colegiado, es la capacidad técnica que tenga. Tomando ahora, a título de ejemplo, la jurisprudencia recaída en el *Tribunal Superior de Justicia de Castilla-la Mancha*, tenemos en la Sentencia de 29 de octubre de 1996, lo que podemos denominar la doctrina general sentada en torno a este rasgo del sistema de concurso. Es la siguiente:

“la finalidad de la norma al requerir una composición mayoritariamente técnica no es otra que la de que primar en el Tribunal los criterios procedentes de personas con cualificación de este tipo a tenor de las características que debe tener la selección de un funcionario para un puesto de responsabilidad y funciones predominantemente técnico-profesionales como son los reservados dentro de las Administraciones Locales a los funcionarios con Habilitación de carácter Nacional, que además se verifica por un procedimiento reglado de valoración de méritos objetivos o tasados donde la discrecionalidad se reduce al mínimo, y no importa tanto la idoneidad subjetiva según criterios del órgano de selección no predeterminados, cuanto la adecuación al puesto deducida de la objetivación de los requisitos requeridos para desempeñarlo de acuerdo con las características y de su predeterminación anterior para garantía de todos los aspirantes”.

De este modo, la propia Sentencia hace frente a una situación en la que la designación de la mayoría de los miembros de la Comisión lo es a título de *corporativos*, y no por su capacidad técnica. De ahí que la Sentencia señale lo siguiente:

“en el caso que nos ocupa es palmaria la vulneración de esas exigencias legales, dado que de los cinco miembros que componían el Tribunal, sólo en uno de ellos podía entenderse que concurría esa capacidad técnica requerida pues las restantes cuatro personas eran el Alcalde y tres Concejales del Ayuntamiento, que no poseían la cualificación profesional necesaria y suficiente para entender los técnicos en la materia sobre la que deben versar las valoraciones de sus juicios, pues el primero era Profesor de Educación General Básica, siendo la cualificación de los Concejales FP II, Estudiante de Derecho y Estudios Primarios”.

Con la misma claridad, la Sentencia de 15 de noviembre de 1996, de la misma Sala, en la que se afirma lo siguiente:

“Junto a los vocales de carácter técnico, los Secretarios-Interventores funcionarios con Habilitación de carácter Nacional, uno de ellos como representante designado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que, además, desempeñaba la función de Secretaria

del Tribunal, se designaron dos vocales por su condición de Concejales de la Corporación, los cuales junto al Alcalde que lo preside, dan al Tribunal una extracción mayoritaria de carácter no técnico, infringiendo de manera manifiesta un precepto reglamentario(...).”

La Sala hubo de hacer frente, además, a la problemática de las incompatibilidades. Esta temática queda a la regulación establecida con carácter general, y no existen previsiones singulares que sean aplicables. La Sentencia de 20 de diciembre de 1995 hace frente a una alegación sobre incompatibilidades afrontando un problema concreto que podemos estimar como límite. Frente al mismo señala lo siguiente:

“(…) en el Tribunal nombrado a resolver la baremación específica por el Ayuntamiento de Carmena, figuraba como vocal técnica D^a Carmen Soales Vallejo que a su vez participaba en el concurso convocado solicitando la plaza de Alcabón donde actuaba como vocal técnico a su vez la Sra. López Mayo. La conclusión que el Colegio recurrente obtiene de todo ello es que falta la necesaria objetividad exigida a los miembros de un Tribunal calificador a quien a su vez será calificado por el aspirante a evaluar. Esa afirmación, que en principio no parece descabellada atendiendo a las manifestaciones del comportamiento humano cuando están entrando en juego intereses personales, lo cierto es que en un supuesto como el que nos ocupa en el que no están previstas legalmente causas tasadas de obstrucción y recusación, debería ser reconducida en cada caso a través de la alegación y prueba de que, en el devenir de los hechos, se produjo una valoración injustificada e indebida en algún punto concreto, o de alguna manera se deparó un trato de favor a quien en otro Tribunal estaría en disposición de compensar esa actuación, pero es difícilmente acogible como motivo de impugnación del recurso cuando únicamente se trata de una invocación genérica de parcialidad cuya presunción no se ha visto refrendada en el Tribunal Calificador de la persona a quien se le achaca”.

Del mismo tenor, y de la misma Sala, la Sentencia de 16 de noviembre de 1995.

d) La problemática de los denominados méritos específicos

Desde antes de la Constitución vigente, la jurisprudencia había enfocado ya la temática de los méritos concretos, en el concurso, desde la perspectiva de la desviación de poder. Recuérdese

EN EL BAREMO DEL CONCURSO SE DIFERENCIAN LOS MÉRITOS GENERALES, LOS DE DETERMINACIÓN AUTONÓMICA Y LOS ESPECÍFICOS. LOS PRIMEROS ARROJARÁN UN JUICIO DE VALOR CON REFERENCIA A CUALQUIERA DE LOS PUESTOS DE TRABAJO ASIGNABLES. LOS DE DETERMINACIÓN AUTONÓMICA QUEDARÁN REFERIDOS AL CONOCIMIENTO DE LA LENGUA OFICIAL PROPIA Y DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL Y NORMATIVA DE LA COMUNIDAD. LOS ESPECÍFICOS SERÁN LOS RELACIONADOS CON LAS CARACTERÍSTICAS DEL PUESTO DE TRABAJO

la Sentencia de 1959 que abre una doctrina jurisprudencial sobre la desviación de poder, basándose, precisamente, en un concurso para la provisión de un puesto en el Ayuntamiento de Sabadell. Esta misma orientación se encuentra en otras más recientes, como son las de 7 de octubre de 1971.

Una vez promulgada la Constitución, la jurisprudencia aplica la teoría de la reserva encubierta de funciones públicas en favor de persona determinada. En este sentido, las Sentencias de 24 de febrero de 1989 (Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha), de 24 de noviembre de 1989 (Tribunal Superior de Justicia de Asturias), de 9 de julio de 1990 (Tribunal Superior de Justicia de Andalucía), o bien apelando directamente a la arbitrariedad en el ejercicio de poder, como es la Sentencia de 29 de abril de 1989, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Al margen de esta doctrina general, la jurisprudencia recaída puede estructurarse en los siguientes apartados.

En primer lugar, los méritos específicos no deben subvertir gravemente la situación de cada uno de los aspirantes en el baremo general. Si tomamos, ahora también, la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, podemos encontrar las siguientes declaraciones:

“es cierto que, en principio, los méritos contemplados, en cuanto se refieren a cursos de ámbito de las funciones de un Secretario-Interventor, resultando convenientes en Municipios que con escasa población cuentan como único técnico con el Secretario; igualmente tampoco cabe despreciar la importancia de una experiencia en Agrupación de Entidades Locales, por estar Mazarambroz agregado con Marjaliza. Ahora bien, si profundizamos en el baremo cuestionado resulta de difícil justificación la distinta valoración que se concede a los cursos y la duración mínima que se exige en determinados casos, sólo explicable por el deseo de la Corporación de reservar de forma encubierta el puesto al funcionario con nombramiento provisional, al coincidir la duración y los cursos contemplados con los méritos que poseía dicha funcionaria. Además, la coincidencia se da también en cuanto a la prestación de servicios en agrupación de municipios, pues el tiempo que justifica a razón de 0,75 por mes, completa los dos puntos que como máximo se conceden por él, todo lo cual obliga a estimar el recurso”. (Sentencia de 15 de diciembre de 1995.)

“a la vista del baremo aprobado por el Ayuntamiento demandado la estimación del recurso resulta obligada también en este punto. En tal baremo se contemplaban los siguientes méritos: realización de curso sobre tratamiento de aguas residuales y estaciones depuradoras de 60 horas mínimas: 2,5 puntos; por cada mes de servicios prestados en un Ayuntamiento en que exista una Entidad Urbanística de Conservación: 0,09 puntos con un máximo de 2 puntos; por cada mes de servicios prestados en un Ayuntamiento cuyo Municipio cuente con Urbanizaciones de más de 930 viviendas: 0,09 puntos con un máximo de 2 puntos; realización de curso de ofimática –introducción a la informática, de 50 horas mínimo: 0,5 puntos; haber ejercido la Abogacía como mínimo durante seis años; 0,5 puntos. Un somero repaso de cada uno de los méritos componentes del baremo en relación con la prueba

practicada muestra cómo resulta injustificada la relación objetiva de tales méritos con las características del puesto de trabajo convocado de Secretaría Intervención en una Entidad Local como la demandada, incluyendo además referencias o precisiones tan individualizadas o particularizadas o con precisiones tan específicas que son difícilmente aceptables a tenor de las condiciones de generalidad y abstracción que deben reunir las convocatorias de provisión de cargos públicos para que sean conciliables con los principios de mérito y capacidad. Así, se puntúa un curso sobre tratamiento de aguas residuales, uno solo por demás, cuyo contenido no se comprende qué relación guarda con las funciones propias del puesto de trabajo de Secretaría de Intervención, incluso admitiendo que en el Municipio se produzcan problemas derivados de vertidos de aguas residuales, ya que se omite toda justificación de en qué pueda tener que ver el curso con las funciones de la Secretaría, siendo además puntuado de forma desproporcionada pues se le dan a un solo curso 2,5 puntos que es un tercio de la puntuación del baremo específico. Se introduce para valorar la experiencia en Urbanismo una condición tan singular como que el Municipio cuente con una Entidad Urbanística de Conservación, pero basta una sola, y se añade además otro mérito relacionado con la experiencia en la materia de Urbanizaciones determinado por una referencia numérica tan exacta de 930 viviendas que unida a la particularización de que el curso de informática sea a nivel de introducción y a la exigencia de ejercicio de la Abogacía durante más de 6 años, y atendido el hecho probado de que tales méritos se dan en la funcionaria que desempeña de forma provisional la plaza sacada a concurso y precisamente en la puntuación total del baremo específico, comparando la puntuación obtenida por la misma y los demás aspirantes en el baremo general y en el específico, todo ello nos lleva a la conclusión, fundamentalmente por la prueba de presunciones, conforme con la impugnación deducida por el Colegio recurrente, de que el baremo se confeccionó a imagen y semejanza de un candidato predeterminado que desempeñaba el puesto sacado a concurso de manera provisional con el designio o finalidad de que pudiera obtener la plaza sacada a concurso, como así ha ocurrido en definitiva al obtener en el proceso valorativo la puntuación máxima y la propuesta de nombramiento gracias en buena medida a la puntuación de dicho baremo específico, lo que constituye, por encima incluso de la infracción de los preceptos legales expuestos una vulneración de los principios constitucionales de mérito y capacidad entrañando una reserva encubierta de funciones públicas en favor de determinada persona y una desviación de poder”. (Sentencia de 31 de octubre de 1995.)

“La absoluta coincidencia entre el baremo impugnado y las circunstancias de la persona que venía desempeñando interinamente el cargo de cuya provisión se trata, demuestra sin lugar a dudas que se identificaron las necesidades del Ayuntamiento con el deseo de no producir cambios en la titularidad de la Secretaría, convirtiendo el concurso en una mera formalidad y dirigiéndolo a seleccionar a un candidato determinado y no al de mayores méritos. En efecto, no solamente los puntos atribuidos a quienes han desempeñado plaza en municipios con normas subsidiarias de planeamiento, población superior a 1.500 habitantes y no 1.000 ni 2.000 (los de Alar del Rey eran 1.685) y entidades locales menores, se ajustan por completo a las características del municipio demandado, sino que la exigencia de que dicho desempeño se haya producido con un período mínimo de tres años, que es justamente el que acababa de cumplir D. Silvano de la F.G., es signo evidente de la antijurídica reserva que le permitió obtener la máxima puntuación por méritos específicos y con ello la plaza.” (Sentencia de 22 de mayo de 1995.)

La segunda orientación que se advierte en la jurisprudencia es la de la interpretación a partir de la exigencia de que los méritos específicos tengan que ver con las características locales de la Corporación de que se trata. Así, se hace frente a una falta de justificación objetiva de los méritos, en relación con las características del puesto objeto de convocatoria. Vale la referencia a la Sentencia de 9 de noviembre de 1995, que dice lo siguiente:

“Un somero repaso de cada uno de los dos méritos componentes del baremo en relación con la prueba practicada muestra cómo resulta injustificada la relación objetiva de tales méritos con las características puesto de trabajo convocado de Secretaría Intervención en una Entidad Local como la demandada, en la medida en que únicamente se da cabida como evaluable a la circunstancia de desempeñado en el momento de la convocatoria puestos de Secretaría en Agrupación de Municipios que a la vez constituyan Mancomunidad de Servicios, cuando, a pesar de poder ser importante una experiencia concreta en Corporaciones de esas características por el conocimiento que eso supone de la problemática específica de las mismas, lo cierto es que valorar únicamente esa resulta desmesurado y desproporcionado, ya que son muchas más y de diferente índole la facetas que integrarán el contenido del puesto de Secretario Interventor de Nombela acerca de las cuales racionalmente también se podría haber establecido un mérito específico. Esta conclusión además se avala por el hecho de que únicamente se valore la prestación del servicio un año cuando para acreditar experiencia podría haberse tenido en cuenta de alguna manera todo el tiempo en que se hubiese desempeñado, con lo que atendido el hecho probado de que tales méritos se dan en su totalidad en el funcionario que desempeña de forma provisional la plaza sacada a concurso y precisamente en la puntuación total del baremo específico, comparando la puntuación obtenida por el mismo y los demás aspirantes en el baremo general y en el específico, todo ello nos lleva a la conclusión, fundamentalmente por la prueba de presunciones, conforme con la impugnación deducida por el Colegio recurrente, de que el baremo se confeccionó a imagen y semejanza de un candidato predeterminado que desempeñaba el puesto sacado a concurso de manera provisional con el designio o finalidad de que pudiera obtener la plaza sacada a concurso, como así ha ocurrido en definitiva.”

Del mismo tenor, la Sentencia de 16 de noviembre de 1995, que declara lo siguiente:

“Un somero repaso de los méritos componentes del baremo muestra en este caso, no ya una injustificada relación objetiva de los conocimientos de tales méritos y experiencias que se valoran con las características del puesto convocado de Secretaria Intervención de una Entidad Local, sino una valoración tan desproporcionada de los mismos en relación unos con otros, que nos lleva a concluir que se infringen los preceptos legales citados en el anterior Fundamento Jurídico. En efecto, aún cuando, como reconoce el Colegio accionante, las materias cuyo conocimiento y experiencia figuran valorados en la enumeración hecha por el Ayuntamiento demandado todas ellas tienen relación directa con las funciones a desarrollar en el puesto sacado a concurso, lo cierto es que a través de una inadecuada valoración, por lo desproporcionada, se puede desvirtuar la finalidad que ha de perseguirse con la bare-

mación, que es la elección del candidato más idóneo objetivamente de todos los presentados. Esto es lo que sucede en el presente supuesto donde el desempeño anterior del puesto de Secretaria Intervención se valora un 80 por ciento menos que la concreta y específica experiencia en promoción y gestión de viviendas de Protección Oficial, parcela que, sin ser irrelevante, abarca solo un aspecto o materia de todos los que pueden tener relación con las funciones del puesto, y en consecuencia esa valoración de cuatro puntos máximo que se le otorga es absolutamente desmesurada por lo injustificada. De igual manera corrobora esa impresión el hecho de que se puntúe únicamente con un máximo de 0,4, 0,5 y 0,5 puntos respectivamente los conocimientos, a través de la valoración de los preceptivos cursos, de la Liquidación Urbanística, de informática o de Derecho Laboral Contratación y Seguridad Social, lo que al lado de esos 4 puntos por el mérito antes aludido, nos depara la visión conjunta de una valoración ausente de criterios racionales y ponderados.”

Las Sentencias señaladas, y otras más que pueden aportarse, nos proporcionan la tercera regla que va sentando la jurisprudencia. Es la relativa a la exigencia de una valoración adecuada y proporcionada de unos méritos, en relación con los otros. Se descalifica, por consiguiente, toda valoración inadecuada o desproporcionada de los méritos. En este sentido, podemos tomar como ejemplo una de las Sentencias ya citadas, concretamente la de 16 de noviembre de 1995.

La cuarta regla es, precisamente, la relativa a una valoración no convencional de cada una de las exigencias establecidas en el concurso. Así, por ejemplo, es característica la valoración que se realiza de la experiencia con que cuentan los aspirantes. Experiencia que hay que baremar teniendo en cuenta su duración en el tiempo; o en donde se ha venido adquiriendo, es decir, la clase de Municipio en que se ha prestado servicio, o las materias en las que una mayor experiencia pueda tener que ver con las características de la Entidad convocante de la plaza.

La Carta Municipal de Barcelona en la reforma del régimen local

TOMÁS FONT I LLOVET

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Barcelona

Sumario:

1. Introducción: la Carta Municipal de Barcelona en su función innovadora.
2. ¿Garantía institucional de un régimen especial para Barcelona? 3. Participación y
consenso en la aprobación de la Carta Municipal de Barcelona. 4. La Carta Municipal
de Barcelona y el principio de diferenciación en el régimen local. 5. Hacia una nueva
democracia local. A) Organización política y administrativa. B) Participación ciudadana
 también en la gestión. C) Integración ciudadana de los extranjeros. **6. Las competen-**
cias municipales: nuevas formulaciones. A) La atribución de competencias y el princi-
 pio de universalidad. B) La gestión consorciada de las competencias. **7. Conclusión.**

1. INTRODUCCIÓN: LA CARTA MUNICIPAL DE BARCELONA EN SU FUNCIÓN INNOVADORA

La ordenación jurídico-institucional del gobierno local en España necesita con urgencia dar pasos de modernización. Es cierto que en los últimos tiempos se han producido algunos avances, tanto desde la vertiente político-legislativa como desde la vertiente de la elaboración doctrinal y jurisprudencial. Así se ha visto en la aprobación de la “parte estatal” del denominado Pacto local, incluyendo señaladamente la reforma de la LBRL, la LOREG y la LOTC. Igualmente, la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo han aportado recientemente algunos nuevos elementos en la interpretación de los principios articuladores de la autonomía local. En fin, la reflexión dogmá-

tica ha contribuido también a romper el *impasse* al que nos tenía sometidos el uso exclusivo de la doctrina de la garantía institucional de la autonomía local¹.

En este contexto, la aprobación de la Carta Municipal de Barcelona por la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre, es una prueba de ese cierto movimiento que se detecta. Más allá de sus propios contenidos normativos que establecen efectivamente un régimen especial para el municipio de Barcelona², me interesa destacar aquí el papel que desempeña la Carta Municipal como impulsora o “líder” de la dinámica de cambios en el régimen local que se auspicia y como reflejo de algunos pasos ya efectuados. La función “innovadora”, pues, de la Carta Municipal de Barcelona, es lo que voy a comentar.

2. ¿GARANTÍA INSTITUCIONAL DE UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA BARCELONA?

Responde la Carta al reconocimiento de un profundo *sentido histórico* en la configuración de las instituciones públicas —verdadero sentido de la historia que no siempre está presente en la actuación de los protagonistas políticos— y que halla su origen nada menos que en el *Recognoverunt proceres* (1283)³. El mantenimiento de un régimen especial para la ciudad de Barcelona haría decir siglos después al jurista Joan Pau Xammar que Barcelona es una de las ciudades *equiparantur principibus* (1644). Y ya más cerca en el tiempo, la autonomía regional de la Segunda República permitió que el Parlamento de Catalunya aprobase en 1933 una Ley municipal propia que contenía abundantes especialidades para el municipio de Barcelona.

El antecedente más inmediato, como se sabe, lo constituye la denominada Carta Municipal aprobada por Decreto en 1960 en el contexto del régimen especial de Carta que permitía la legislación local del franquismo, “ley especial” de Barcelona que posteriormente se verá incardinada en la dinámica de la organización metropolitana con la constitución de la Entidad Municipal Metropolitana de Barcelona —la “Corporación metropolitana”— por Decreto-Ley de 1974.

La constante histórica que atiende a la singularidad del municipio de Barcelona sufre un paréntesis con el restablecimiento de la Generalitat de Catalunya (1977) y su rápido y fuerte desarrollo bajo el actual sistema constitucional y estatutario. Ni siquiera el propio

(1) Para todos estos indicios de evolución, me remito en general a mi estudio “La autonomía local en España a los veinte años de la Constitución: perspectivas de cambio” en *Anuario del Gobierno local* 1998, Instituto de Derecho Público-Diputación de Barcelona-Marcial Pons, Barcelona, 1999. Anteriormente, en relación con el ordenamiento específico en el que se inscribe la Carta Municipal, me he referido a ello en “La renovació del dret local a Catalunya”, en T. FONT i LLOVET (coord.), *Dret local: ordenances, activitats i serveis públics*, Barcelona, Edicions de la Universitat de Barcelona-Marcial Pons-Publicacions Universitat Autònoma de Barcelona, 1997.

(2) Vid. al respecto el comentario de S. SARASOLA “La Carta Municipal de Barcelona. La autonomía local al servicio de un nuevo modelo de gestión municipal” en *RVAP*, núm 54, 1999.

(3) El preámbulo de la Carta cita de pasada a los *Usatges* (siglo XIII) como primer precedente de la Carta, alusión quizá algo imprecisa, habida cuenta de que la famosa recopilación no se refiere a la ciudad o municipio de Barcelona, sino que se trata de derecho feudal del condado de Barcelona y, por tanto, de naturaleza y vigencia territorial general.

Estatuto de Autonomía indica que la capital de Catalunya sea Barcelona, y no contiene referencia alguna a un eventual régimen peculiar. Tuvo que ser la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, con su disposición adicional sexta, la que reconociera la existencia de un “hecho diferencial” barcelonés y su tratamiento jurídico especial, que luego se reiteró, en el aspecto financiero, en la Ley de Haciendas locales de 1989. La aprobación en 1987 de la Ley Municipal y de Régimen local de Catalunya recoge, al fin, el principio de que “El municipio de Barcelona ha de gozar de un régimen jurídico especial establecido por Ley” (art. 75), pero simultáneamente se disuelve la Corporación Metropolitana de Barcelona que en el fondo venía a “formar parte” del régimen especial de Barcelona.

En definitiva, el hecho de haberse dictado la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre, aprobadora de la Carta Municipal de Barcelona, significa ante todo el mantenimiento de la imagen históricamente consolidada de que el municipio de Barcelona dispone de un régimen especial, sin perjuicio de las variaciones de contexto y de contenido; de modo que se evita la ruptura de esa imagen que ha configurado la posición del municipio barcelonés y se protege, en este aspecto, la institución de la especialidad de Barcelona dentro del régimen local general. Nótese, en última instancia, cómo el citado art. 75 de la Ley Municipal viene a garantizar al municipio de Barcelona no la simple posibilidad, sino el derecho a disfrutar de un régimen especial establecido por el legislador⁴.

3. PARTICIPACIÓN Y CONSENSO EN LA APROBACIÓN DE LA CARTA MUNICIPAL DE BARCELONA

En segundo lugar, es de señalar que la Carta Municipal de Barcelona es el resultado de un *procedimiento* de elaboración y aprobación también especial. Especial porque en el mismo se integran dos elementos de alta significación.

Por una parte, se trata de la *participación cualificada* del propio ayuntamiento en el procedimiento a través de una Comisión Mixta Ayuntamiento-Generalidad, prevista en la disposición transitoria primera de la Ley Municipal. Dicha Comisión mixta, cuya función es “elaborar los estudios y propuestas correspondientes” de cara a la revisión del régimen especial de Barcelona, ha venido en realidad a aprobar un completo texto articulado que ha sido elevado al Gobierno autonómico para que lo pre-

LA CARTA MUNICIPAL ES EL RESULTADO DE UN PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN Y APROBACIÓN ESPECIAL. POR UNA PARTE POR LA PARTICIPACIÓN CUALIFICADA DEL PROPIO AYUNTAMIENTO A TRAVÉS DE LA COMISIÓN MIXTA AYUNTAMIENTO-GENERALIDAD Y POR OTRA POR HABER OBTENIDO EL MAYOR CONSENSO ENTRE LAS FUERZAS POLÍTICAS

(4) En este sentido, vid. el Dictamen de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat 334/1998, de 23 de julio, FJ 2º B).

sente al Parlamento como proyecto de ley. Ahora bien, el texto aprobado por la Comisión mixta había sido a su vez aprobado anteriormente por el propio consejo plenario del Ayuntamiento de Barcelona, sin que ninguna disposición obligara expresamente a ello. De esta forma, aunque se trate de una fase de elaboración pre-legislativa, lo cierto es que el protagonismo del Ayuntamiento de Barcelona ha sido reconocido y ha podido ser ejercido con toda plenitud. Y se observa con toda naturalidad cómo los entes locales pueden intervenir en la adopción de la leyes que directamente les afectan de manera sustancial y no simplemente ritual; a condición de que se prevean antes la ubicación y el itinerario adecuados para acoger dicha participación, y de que la misma se ejerza, y se acepte por la otra parte, con absoluta lealtad. Aquí está una de las claves de la aceptación de la Carta Municipal de Barcelona.

En efecto, la otra característica a destacar en el procedimiento seguido para la aprobación de la Carta Municipal de Barcelona, es el haber obtenido el mayor *consenso* entre las fuerzas políticas implicadas en todos y cada uno de los pasos seguidos. Después de varios años de trabajos y estudios previos, predisposición de sucesivos borradores, etc., el Ayuntamiento de Barcelona aprobó por unanimidad el 16 de julio de 1997 un “ante-proyecto” de Carta Municipal donde se recoge desde el primer momento el fruto de los acuerdos y pactos alcanzados y que se respetará en lo sucesivo. Posteriormente, la Comisión mixta Ayuntamiento-Generalidad aprobará también por unanimidad el texto que elevará al Gobierno, teniendo en cuenta que se refleja en su composición la pluralidad política del propio ayuntamiento, puesto que forman parte de su representación ante la Comisión mixta miembros de todos los grupos políticos municipales. En fin, una vez enviado ya el texto como proyecto de ley, el Parlament de Catalunya lo aprueba por unanimidad el 22 de diciembre de 1998, añadiéndose ahora una nueva fuerza política —Esquerra Republicana de Catalunya— que no estaba presente en el ayuntamiento.

Consenso general, pues, sobre la base de largos años de maduración de múltiples propuestas y de aproximación de posiciones, y arropado por la garantía de legalidad que aportó el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat 334/1998, aprobado por unanimidad de su Comisión Permanente el 23 de julio de 1998.

Desde un punto de vista formal, la preservación de la Carta Municipal de Barcelona no tiene otra garantía que el deber de seguir, para su revisión, el mismo procedimiento señalado por la Ley Municipal para su elaboración, esto es la intervención de la Comisión mixta Generalidad-Ayuntamiento. Ahora bien, no cabe duda, que los consensos alcanzados en cada uno de los pasos producidos difícilmente pueden ser orillados en un eventual proceso de reforma.

4. LA CARTA MUNICIPAL DE BARCELONA Y EL PRINCIPIO DE DIFERENCIACIÓN EN EL RÉGIMEN LOCAL

Junto a las anteriores características, la aprobación de la Carta municipal de Barcelona ofrece una significación especial en relación a la tradicional configuración del régimen

local español, dibujado sobre un esquema de una consistente uniformidad. Frente a ella, la Carta Municipal de Barcelona recupera la idea de la *diversidad y la diferenciación*. En efecto, ya de por sí, una Ley especial para un municipio representa el grado máximo de diferenciación y de trato singular, pero en el caso que nos ocupa es de señalar otra circunstancia. No se trata sólo de modular la asignación diferenciada de competencias según la distinta capacidad de gestión de cada municipio (art. 2.1 LBRL), sino de admitir también elementos de diferenciación en el régimen de organización y funcionamiento.

El texto de la Carta Municipal de Barcelona introduce en su momento ciertas regulaciones sobre la organización municipal que acaso podían entrar en contradicción con lo dispuesto en la Ley de Bases de Régimen Local; por lo que se ponía en duda la competencia del legislador catalán para introducir tales innovaciones. Se trataba, pues, de hacer frente a las especialidades no dentro de lo básico, sino en contra de lo básico. No obstante, la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat, en el citado Dictamen 334/1998, señaló que la ley catalana puede intervenir también “en el marco de las excepciones o modulaciones hechas a las bases por el propio legislador estatal, si así lo requiere el establecimiento del régimen especial para el municipio de Barcelona, es decir, que la misma Ley de Bases de Régimen Local puede disponer para el municipio de Barcelona que la regulación de determinadas materias no tienen el carácter de básicas”.

A la postre, el texto definitivo de la Carta Municipal de Barcelona incluyó una disposición transitoria de la máxima ambigüedad e imprecisión: “Las disposiciones de esta Carta que conlleven una adaptación especial para el Ayuntamiento de Barcelona del régimen general de organización y funcionamiento municipal entrarán en vigor y serán aplicables, cuando proceda, de acuerdo con lo que determine la Ley de Bases de régimen local”. Bajo esta cláusula de salvaguarda, que pretendía esquivar eventuales excesos competenciales, se auspiciaba, en realidad, una reforma de la propia Ley de Bases de Régimen Local. Y así ha sido, pues en la tramitación parlamentaria del paquete del “pacto local” se incorporó una enmienda a la luego aprobada Ley 11/1999, de 21 de abril, que figura hoy como tercer apartado de la disposición adicional sexta de la LBRL, por el que se autoriza a las leyes de las Comunidades Autónomas respectivas a actualizar los regímenes especiales –de Madrid y Barcelona– a cuyo efecto y a instancia de los correspondientes ayuntamientos, podrán establecer una serie de especialidades, que la propia ley señala, al régimen general de organización municipal previsto en la Ley⁵.

Lo más destacable de todo ello es, a mi juicio, el dato capital de que se viene a aceptar el principio de que es *básico que haya tratos distintos para distintos municipios*⁶. La Carta Municipal de Barcelona ha actuado en esta ocasión como impulsora del ensanchamiento de una de las rendijas ya abiertas en la ley básica estatal para dar algo más de virtualidad a ese principio de diferenciación de lo local que debe ir más allá de lo competencial y alcanzar también a lo organizativo.

(5) No me extiendo ahora en los problemas competenciales que pudieran haber surgido en el lapso temporal hasta que la reforma de la LBRL ha venido a convalidar los posibles vicios. Pero sí diré que en el contexto de una distribución entre bases y desarrollo, siendo aquellas variables y no fijas, debiera aceptarse que el legislador de desarrollo pueda “iniciar” una determinada regulación innovadora, puesto que dispone de un “principio” de competencia en la materia, que puede obtener una posterior cobertura por la adecuación o movilidad de las bases.

(6) Lo indiqué ya en mi trabajo “La autonomía local en España a los veinte años de la Constitución...”, cit., pág. 36.

La anterior conclusión enlaza, además, con el complemento que necesariamente se deduce de ella: esto es, la progresiva “interiorización” que debe ir produciéndose del sistema local en el seno de los ordenamientos autonómicos. El legislador autonómico “ocupa” los huecos materiales que la propia norma básica exceptúa o modula, de manera que tendencialmente se va a ir desequilibrando el actual bifrontalismo local sobre la base de atender a una suerte de preferencia por el legislador autonómico, que es, por definición, el más adecuado para atender al principio de diferenciación.

Ello no obstante, pueden darse circunstancias que justifiquen una intervención del legislador estatal para establecer ciertos regímenes especiales. Pienso, por ejemplo, en la tantas veces anunciada regulación especial para las *grandes ciudades*, que a buen seguro deberá inspirarse en muchas de las propuestas avanzadas para Barcelona, algunas de las cuales, ciertamente, no han podido ser aprobadas por el legislador catalán por falta de competencia material sectorial. Así, por ejemplo, la regulación de un sistema de justicia municipal, que inicialmente estaba incluida en el proyecto de Carta Municipal de Barcelona, hubo de desgajarse del mismo, al tiempo que el Parlamento aprobaba una Resolución por la que se instaba al Gobierno de la Generalitat a impulsar un proceso negociador con el Gobierno central que llevase a la reforma de las leyes estatales correspondientes⁷.

5. HACIA UNA NUEVA DEMOCRACIA LOCAL

A) Organización política y administrativa

Como se adivina, una de la principales innovaciones aportadas por la Carta Municipal de Barcelona afecta a la organización política y administrativa del municipio, que tiende, en pocas palabras, a diferenciar, por una parte, las funciones de ordenación, programación y control, —deliberantes las llama el art. 8— y las funciones ejecutivas de gobierno y administración; diferenciación que conduce a un refuerzo de la posición del alcalde y de la comisión de gobierno y a una remodelación de las funciones del Pleno que pasa a denominarse Consejo Municipal. El art. 46 autoriza al Consejo Municipal, al alcalde y a la comisión de gobierno a desconcentrar y a descentralizar sus competencias respectivas en otros órganos municipales o en los concejales.

Precisamente, en este aspecto se producen algunas de las innovaciones que resultan en realidad un “anticipo” de la posterior reforma de la LBRL: en efecto, como se sabe, la Ley 11/1999 introducirá precisamente el esquema de relaciones “ejecutivo-legislativo” municipales que priman la posición del primero, según lo adelantado de la Carta Municipal de Barcelona, y que ha de redundar en una nueva concepción de las funciones políticas de impulso y control democráticos en la organización local. A lo que hay que añadir, evidentemente, la reforma de la LOREG con la modificación del régimen de

(7) Otras opciones, analizadas por el Dictamen 334/1998 de la Comissió Jurídica Assessora, serían las de utilizar el art. 150.2 CE para que el Estado delegase a la Generalitat la potestad de dictar normas para el municipio de Barcelona en materias de competencia estatal. Para un análisis detallado de las implicaciones normativas y competenciales de la Carta Municipal de Barcelona, vid. A. GALÁN GALÁN, “Algunas reflexiones sobre la Carta Municipal de Barcelona y las fuentes del Derecho”, de próxima publicación.

las mociones de censura y la introducción de la cuestión de confianza⁸.

Junto a lo anterior, la Carta Municipal de Barcelona diseña una organización territorial interna del municipio que ha de permitir una amplia *descentralización y desconcentración en los distritos* (arts. 20 y ss.), a cuyo frente se encuentra el consejo de distrito, presidido por un concejal propuesto por el mismo, y un concejal de distrito, con las funciones ejecutivas delegadas del alcalde. La Carta se remite a la potestad de autoorganización municipal para desarrollar la regulación de distritos —en especial, su régimen de elección— pero ya queda también perfilada la diferenciación entre órgano político-deliberante y organización ejecutiva. Vale la pena destacar que la propia Ley —art. 21.3— establece una garantía del efectivo papel que han de jugar los distritos en el conjunto del sistema de gobierno municipal, al disponer que “el presupuesto municipal ha de garantizar que cada año el 15 por ciento de sus recursos ordinarios, como mínimo, sea gestionado por los distritos”. Si este tipo de cifras puede ser indicativo de una tendencia descentralizadora, téngase en cuenta que en la distribución general del gasto público en España, las Administraciones locales sólo alcanzan el 12,9 por ciento, por lo que también aquí debe valorarse, salvadas todas las distancias, el papel de la Carta Municipal de Barcelona como estímulo de una dinámica descentralizadora más general que necesita de símbolos y de referentes.

B) Participación ciudadana también en la gestión

Pero los indicadores de esa sensibilidad por la renovación de los mecanismos democráticos se trasladan más allá de los aspectos estrictamente orgánicos. La Carta Municipal de Barcelona contempla de manera bastante completa los distintos mecanismos, sistemas y procedimientos de *participación ciudadana* que han de acompañar al funcionamiento ordinario de la organización político-institucional del municipio. No es cuestión aquí de detallar tales fórmulas, algunas de ellas ya largamente experimentadas hasta la fecha —que van desde las audiencias públicas “orales y presenciales”, iniciativas ciudadanas, consultas ciudadanas, etc. (arts. 30 y ss.) Cuando en otros países como, por ejemplo, Inglaterra, se elaboran “libros blancos” sobre la mejora de la democracia local, que proponen como grandes innovaciones la introducción de mecanismos participativos⁹, encontramos en la Carta Municipal de Barcelona la expresión avanzada

LA CARTA MUNICIPAL HA ACTUADO COMO IMPULSORA DEL ENSANCHAMIENTO DE UNA DE LAS RENDIJAS YA ABIERTAS EN LA LEY BÁSICA ESTATAL PARA DAR MÁS VIRTUALIDAD AL PRINCIPIO DE DIFERENCIACIÓN DE LO LOCAL QUE DEBE IR MÁS ALLÁ DE LO COMPETENCIAL Y ALCANZAR TAMBIÉN A LO ORGANIZATIVO

(8) Vid. L. ORTEGA, “Reformas en el sistema de gobierno municipal”, en *Anuario del Gobierno Local* 1998, págs. 57 y ss.; y R. JIMÉNEZ ASENSIO, “La forma de gobierno local: ¿Cambio o continuidad?”, de próxima publicación en dicho *Anuario*, 1999.

(9) Vid. el libro blanco del Gobierno británico “Modern Local Government in touch with the people”, trad. catalana, “Les administracions locals modernes: en contacte amb els ciutadans”, Diputació de Barcelona, 1999.

de ciertas soluciones a las exigencias de mayor conexión entre la ciudadanía y las instituciones locales. Quiero aquí destacar dos referencias desde una óptica novedosa.

En primer lugar, la previsión de la denominada “*gestión cívica*” de competencias municipales, según la cual, las entidades, organizaciones y asociaciones ciudadanas sin ánimo de lucro pueden ejercer, siempre voluntariamente, competencias municipales o participar en nombre del ayuntamiento en la gestión de servicios o equipamientos cuya titularidad corresponde a otras Administraciones. Se hace frente, así, a la necesidad de implicar al entramado asociativo ciudadano no sólo en la reivindicación o en la formulación de propuestas, sino en la gestión misma, comprometida y responsable, de competencias municipales: la gestión de centros cívicos de barrio por la asociación de vecinos, de centros de asesoramiento y planificación familiar por colectivos interesados, acciones sociales y de solidaridad a través de ONG’s, etc. *Democracia y participación en la gestión*, no sólo en la adopción de las decisiones, es uno de los próximos retos que los gobiernos locales deben afrontar, sobre la base de experiencias acumuladas, y respecto de los cuales la Carta Municipal de Barcelona aporta un intento de formulación.

C) Integración ciudadana de los extranjeros

En segundo lugar, la Carta Municipal de Barcelona demuestra una específica atención a los retos que plantea el fenómeno de la *inmigración*, y en concreto a la integración y participación de los extranjeros en la vida política municipal. También aquí la Carta actúa con anticipación a lo que un año después va a ser abordado por la nueva Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. No cabe duda que el ámbito municipal es el punto de referencia primario para los inmigrantes, tanto por lo que se refiere a su incorporación a la vida ciudadana, cultural y social como en lo relativo al acceso a los servicios públicos esenciales. Pero, sobre todo, el municipio es el lugar de integración cívica y política.

Pues bien, la Carta, después de reconocer a los extranjeros el derecho al sufragio en las elecciones municipales en los términos establecidos por la legislación general, consciente del papel que juega el principio de reciprocidad en este punto, establece la obligación del Ayuntamiento de Barcelona de interesar de los órganos competentes para que legislen y celebren los tratados internacionales que promuevan los instrumentos adecuados para que todas las personas empadronadas en el municipio puedan disfrutar del derecho de sufragio (art. 10). Y yendo aún más allá, ante las eventuales insuficiencias de las posibilidades que ofrezca el régimen general, en todo caso la propia Carta dispone el derecho de los extranjeros empadronados a participar en referendos y otros procedimientos consultivos que promueva el ayuntamiento (art. 10.5).

Los valores de igualdad y democracia se intentan articular, en lo que puede hacer la Carta Municipal de Barcelona, en un sentido positivo para la nueva ciudadanía que se incorpora procedente de la inmigración. Papel anticipador, así, de lo que, como decía, encontramos luego en la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros. En

este sentido, el art. 6.2 establece que “los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, que no puedan participar en las elecciones locales, podrán elegir de forma democrática entre ellos a sus propios representantes, con la finalidad de tomar parte en los debates y decisiones municipales que les conciernen, conforme se determina en la legislación de Régimen Local”¹⁰.

Con independencia de la extensa perspectiva normativa que se abre en este punto para dar efectividad a esa posibilidad, lo cierto es que “la legislación de régimen local”, en concreto la Carta Municipal de Barcelona, atribuye ya a los extranjeros empadronados un derecho no sólo de representación sino de participación directa. A nadie se le ocultan las dificultades y las complejidades con que se encuentra la inaplazable exigencia de integración, sobre todo social y cultural, de la inmigración. La participación en la vida política es, no obstante, el presupuesto esencial, que comienza, en efecto, en el escalón municipal, por lo que la Carta de Barcelona constituye sin duda un punto de referencia para la adecuación de la restante legislación local, que deberá producirse en el futuro próximo.

6. LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES: NUEVAS FORMULACIONES

Como dije al inicio, hace ya algún tiempo la doctrina viene llamando la atención sobre ciertos elementos del sistema local que no han sido hasta ahora lo suficiente desarrollados. Uno de estos elementos es el conjunto de mecanismos de reconocimiento de las competencias municipales. En este momento, más que entrar en la descripción de las concretas atribuciones competenciales que la Carta efectúa en favor del Ayuntamiento de Barcelona, considero de interés aludir brevemente a dos aspectos más generales.

A) La atribución de competencias y el principio de universalidad

El artículo 58 de la Carta Municipal de Barcelona es casi un compendio de las más recientes elaboraciones sobre la autonomía local y el sistema competencial, y en este sentido, puede llegar a jugar un interesante papel interpretativo y propositivo.

Muy brevemente, digamos en primer lugar que la fundamentación de la atribución competencial exigible es muy completa y sistemáticamente minuciosa:

- Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente.
- Para la efectividad del régimen de capitalidad reconocido en la Carta.
- Para el cumplimiento de las finalidades establecidas por el art. 2 LBRL (asegurar el derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente el círculo de sus intereses, de acuerdo con los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos).

(10) La compleja elaboración de la nueva Ley en materia de derechos de los extranjeros no permite simplificar ahora una valoración de la misma. Para dicha elaboración, vid.: Grupo de estudios sobre los Derechos de los Inmigrantes (Universidad de Barcelona), “Las proposiciones de ley de reforma de la Ley de Extranjería”, *Actualidad administrativa*, núm. 41, 1999, págs. 1.123 y ss.

– Para el cumplimiento de las finalidades establecidas en la Carta Europea de Autonomía local (el derecho y la capacidad efectiva de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos en beneficio de sus habitantes).

Formulación como digo minuciosa que abre perspectivas de mayor concreción para interpretar el alcance de la declaración constitucional de la garantía de la autonomía local referida a un momento histórico más evolucionado.

En segundo lugar, el *contenido funcional* exigible para satisfacer las citadas exigencias constitucionales y legales es doble:

– Atribución de las competencias que proceda de acuerdo con la capacidad de gestión del municipio de Barcelona.

– Participación en la gestión de los servicios y equipamientos del Estado o de la Generalitat básicos para el desarrollo de la ciudad.

Destaca enseguida ese segundo elemento, que nos sitúa ante la posición del municipio en el contexto de las grandes infraestructuras y redes de servicios –especialmente transportes y comunicaciones– con independencia de su ubicación física dentro o fuera del término municipal, respecto de las cuales tiene un derecho de participación en la gestión y no sólo de intervención, vía informe, en los procedimientos de planificación, reducción funcional que viene siendo habitual en la legislación sectorial.

Singular relieve adopta, en mi opinión, el tercer apartado de dicho art. 58, que incluye lo que se ha denominado la cláusula de la *universalidad* de las competencias:

“En todo caso, el Ayuntamiento puede promover toda clase de actividades y prestar todos los servicios públicos que afecten al interés general de los ciudadanos y que no estén expresamente atribuidos a otras Administraciones públicas.”

Esta formulación pone el acento en el principio de libertad de iniciativa municipal, en el marco de la ley, lo que permite aclarar el significado que debe darse al artículo 25.1 de la LBRL, en la línea defendida por la doctrina más atenta¹¹. Así se dota de contenido efectivo a un precepto que no puede considerarse una simple declaración de capacidad jurídica o una mera redundancia vacía de significado¹², sino que hace ver que en las materias de interés general de los ciudadanos el municipio no puede permanecer inactivo por el hecho de que le legislador no le haya efectuado una atribución expresa de una concreta función competencial.

También en este aspecto, por tanto, la Carta Municipal de Barcelona aparece con una clara vocación de liderazgo del proceso de reformulación de los elementos constructivos del siste-

(11) Por todos, J.L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “El debate sobre la autonomía municipal”, RAP, núm. 147, 1998, y del mismo autor “La cláusula general de competencias municipales”, de próxima publicación en el *Anuario del Gobierno Local*, 1999.

(12) A ello me he referido también en mi trabajo “La autonomía local en España...”, citado, pág. 30.

ma de la autonomía local que a buen seguro tendrá continuidad en las diversas vertientes legales, jurisprudenciales y doctrinales.

B) La gestión consorciada de las competencias

El segundo aspecto general de la atribución de competencias que destaca en la Carta Municipal es el sistema de su asignación a los consorcios legales que la misma Ley regula¹³. En efecto, ante la dificultad de hallar el acuerdo político entre el Ayuntamiento de Barcelona y el Gobierno de la Generalitat de Catalunya a la hora de fijar las competencias de la Generalitat que debían ser transferidas o delegadas al municipio por medio de la Carta, se arbitró finalmente la solución de crear varios consorcios en los ámbitos sectoriales de la vivienda, servicios sociales y educación y de un ente instrumental dependiente del Consorcio Sanitario de Barcelona, ya existente, para atribuir a cada uno el ejercicio conjunto de las respectivas competencias municipales y autonómicas en el sector correspondiente.

La complejidad de las relaciones interadministrativas entre entes con un indudable componente político viene a aportar ahora una solución original. En efecto, el art. 61 de la Carta regula con todo detalle lo que denomina consorcios legales: “son entes asociativos, creados por ley, entre la Generalitat de Catalunya y el Ayuntamiento de Barcelona, para la gestión conjunta de funciones, actividades y servicios”. En cada caso, la ley de creación deberá determinar cuál de los dos entes es el prevalente en cada consorcio, atribuyéndole la mayoría en los órganos de gobierno. En todo caso, la figura suscita gran cantidad de interrogantes, de los cuales voy a plantear ahora dos.

En primer lugar, ¿no se vulnera la autonomía local al integrar forzosamente al ayuntamiento en un consorcio y obligarle a ejercer sus competencias propias a través de dicho consorcio? Sin poder entrar ahora en detalles, habrá que considerar los siguientes datos: por un lado, que la ley se remite a los estatutos, a aprobar por cada uno de los entes, en los cuales se permite introducir elementos de flexibilidad para que el ayuntamiento encuentre fórmulas alternativas de ejercer sus competencias e incluso pueda desgajar del consorcio las que le pertenecen en exclusiva. Por otro lado, no se trata de una figura de cooperación ordinaria según la LBRL, sino que en el fondo también adopta un matiz de coordinación que debe cumplir con los requisitos del art. 59 LBRL. Visto así, el consorcio significaría más bien que la Generalitat cedería el ejercicio

**UN ASPECTO DE LA
ATRIBUCIÓN DE
COMPETENCIAS ES EL
SISTEMA DE SU ATRIBUCIÓN
A LOS *CONSORCIOS LEGALES*,
QUE SON ENTES ASOCIATIVOS
CREADOS POR LEY ENTRE
LA GENERALIDAD DE
CATALUÑA Y EL AYUNTAMIENTO
DE BARCELONA PARA LA
GESTIÓN CONJUNTA DE
FUNCIONES, ACTIVIDADES Y
SERVICIOS. EN CADA CASO
LA LEY DE CREACIÓN
DEBERÁ DETERMINAR CUÁL
DE LOS DOS ENTES ES EL
PREVALENTE EN CADA
CONSORCIO, ATRIBUYÉNDOLE
LA MAYORÍA EN LOS
ÓRGANOS DE GOBIERNO**

(13) Vid. una primera aproximación al fenómeno en: J.M. GÓMEZ GONZÁLEZ, “Los consorcios legales en la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona”, de próxima publicación.

de sus competencias de coordinación respecto del Ayuntamiento de Barcelona a un consorcio en el cual participa el propio ayuntamiento.

El segundo interrogante no es menos comprometido: ¿se corresponden las potestades que ostentan los consorcios legales con las propias de las organizaciones funcionales? El citado art. 61 dice: “en su cualidad de entes que ejercen competencias generales en todo el término municipal, los consorcios pueden ejercer las potestades reglamentarias, planificadoras y, si procede, sancionadoras, en el marco de las disposiciones generales emanadas de la Generalidad que sean aplicables a todo el ámbito territorial de Cataluña. También ejercen la potestad programadora y de organización en relación con las actividades y servicios que les atribuye la Ley de Creación”.

Como puede verse, en realidad la Carta Municipal de Barcelona lo que está configurando es, materialmente, un nuevo tipo de ente, una suerte de Administración mixta, que goza de las potestades propias de la autoridad pública que es consustancial con la naturaleza territorial general del ayuntamiento y de la Administración autonómica. Entidad que poco tiene que ver con la tradicional concepción del consorcio como simple forma de prestación de servicios o como mecanismo voluntario de cooperación.

No cabe ahora desarrollar más estas cuestiones. Lo que interesa es señalar el carácter innovador de la solución aportada, con todas las incógnitas que le acompañan, como alternativa a las técnicas generales de las relaciones intersubjetivas —delegación, encomienda, etc.— alternativa que posiblemente deberá calibrarse con todo rigor antes de ofrecerla como modelo de exportación. Piénsese únicamente en el efecto negativo que puede tener la extensión de esta figura sobre los principios de transparencia y de responsabilidad frente al ciudadano y al usuario. La mejora de la democracia local exige, sí, una adecuada y leal relación con los demás poderes públicos; pero también requiere la claridad y simplificación de la organización prestacional que en definitiva ha de satisfacer el interés general de los ciudadanos.

7. CONCLUSIÓN

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto lo que en mi opinión es uno de los valores que cabe atribuir a la Carta Municipal de Barcelona: su carácter innovador. Las exigencias objetivas y las capacidades del Ayuntamiento de Barcelona han favorecido la elaboración de un texto legal que señala un punto de inflexión en la evolución del derecho local europeo en el momento de afrontar el nuevo milenio.

Probablemente un estudio analítico de todas y cada una de sus disposiciones conduzca a una consideración más equilibrada en cuanto al valor reformador de la Carta, pero insisto en que no es sólo su contenido material lo que ha de tenerse en cuenta, sino que también conviene observar el “papel” que juega en el contexto de la necesaria y hoy ya inaplazable renovación del Derecho local.