

27

Octubre de 2011

Cuadernos de Derecho Local

Fundación Democracia y Gobierno Local



QDL

d Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Estudios

- 7 La profesionalización de la dirección de recursos humanos en los Gobiernos locales españoles
J. Javier Cuenca Cervera
- 20 Estudiar las democracias locales desde la perspectiva de los concejales. Democracia y actores políticos en los ayuntamientos españoles
Carmen Navarro Gómez y Juan Ignacio Criado Grande
- 36 La definición del consorcio local como entidad local en la legislación autonómica
Francisco Toscano Gil

Ponencias, crónicas y notas

- 51 Algunos apuntes sobre la constitucionalidad de la privatización de los servicios públicos
María José Carazo Liébana
- 63 La proyección de la sentencia núm. 31/2010 del Tribunal Constitucional en el ámbito local
Eduard Paricio Rallo
- 77 La supresión de la Provincia en Italia
Mayte Salvador Crespo y Sabrina Ragone
- 91 El debate sobre la supresión o reforma de las diputaciones provinciales en España
Manuel Zafra Víctor

Jurisprudencia

- 103 Crónica de jurisprudencia (de 1 de julio a 31 de octubre de 2011)
Antonio Descalzo González

Documentos e informes jurídicos

- 121 ¿Qué estructura pública requiere el siglo XXI? Capacidad política y ejecutiva
Lluís Recoder Miralles y Jordi Joly Lena

- 144 Informe sobre el valor probatorio y su validez como comprobante original de los recibos bancarios acreditativos de pago
Mercedes Molina Martínez
- 154 El derecho de acceso al expediente administrativo: consideraciones sobre el acceso y obtención de fotocopias de proyectos de obras desde la perspectiva de la legislación relativa a la propiedad intelectual, a la protección de los datos de carácter personal y a la legislación medioambiental
Anna Maria Cugat Perpinyà
- 164 Informe relativo al régimen jurídico aplicable a la presentación de una moción de censura, recogido en los artículos 201.7 y 197 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, en la redacción dada por la Ley orgánica 2/2011, de 28 de enero
José Antonio Duque Díaz
- 172 Informe con respecto a la aplicación del régimen de distancias establecido en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAMINP)
Patricia Ares Falcó, Reyes Escudero Villafáfila
y Dolores Hernández Herrera
- Noticias bibliográficas**
- 177 Noticias bibliográficas
Antonio Descalzo González

La profesionalización de la dirección de recursos humanos en los Gobiernos locales españoles¹

J. Javier Cuenca Cervera

Profesor de Ciencia Política y de la Administración de la Universitat de València.

Director de Recursos Humanos del Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia

1. **Introducción**
2. **Los desafíos del entorno institucional del empleo público local en España**
3. **La gestión del sistema: breve reseña histórica**
4. **La dirección profesional de recursos humanos (DRH) en los Gobiernos locales**
5. **La DRH (1): ideas de política, contexto y funcionamiento**
6. **La DRH (2): perfil de competencias**
7. **La DRH (3): desarrollo de un proyecto formativo**
8. **Conclusiones: la implantación de la DRH en la Administración local española**
9. **Referencias bibliográficas**

Resumen

El propósito del estudio es apostar por una innovación institucional relevante: la adopción y difusión de la dirección pública profesional de recursos humanos en los Gobiernos locales de nuestro país, cuyo contexto aún a un tiempo los efectos de la crisis económica y sus propios rasgos estructurales, claramente ineficientes. Para ello, descritos los antecedentes institucionales existentes, se presenta un marco teórico pensado para el impulso de esta figura, prestando especial atención a su perfil profesional, base de su impulso institucional y de su desarrollo formativo.

Palabras clave: *recursos humanos; Gobiernos locales; profesionalización directiva; nuevo institucionalismo.*

Abstract

The aim of this article is to defend a significant institutional innovation: the establishment and spreading of a professional senior civil service in local governments which are suffering the consequences both of the effects of the economic crisis and their deficient structural features. First, the article describes the institutional precedents of this institution. Second, it develops a theoretical framework that pursues the establishment of the senior civil service specially taking into account its professional profile, which is the fundament of its institutional growth and learning process.

Keywords: human resources; local governments; senior civil service; new institutionalism.

1. Una versión previa de este trabajo fue presentada en el X Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración, en el grupo de trabajo sobre la "dirección pública profesional en España", celebrado en Murcia en septiembre de 2011. Agradezco los comentarios al respecto formulados por Enrique Varela y Joaquim Brugué.

1. Introducción

El propósito del trabajo es postular la adopción por los Gobiernos locales de nuestro país de una innovación de bajo perfil, en términos de costes de reforma o de visibilidad normativa, pero que tal y como se argumenta, puede posibilitar para este nivel de Gobierno la disposición de capacidades institucionales que permitan poner en práctica políticas de recursos humanos eficaces.

La situación actual –tres años de crisis económica sin un horizonte definido de recuperación– requiere de un tipo de recursos de los que carecen nuestras entidades locales. No es simplemente una cuestión de atonía productiva y de mayor demanda de recursos sociales al tiempo que se demanda contención del déficit. La problemática se proyecta más allá de la coyuntura. El entorno simplemente ha dejado al descubierto la fragilidad del entramado institucional local, destacando el dedicado al gobierno de los temas relacionados con el empleo público local, uno de los factores más relevantes de su arquitectura (Sánchez Morón, 2010). Convergen pues, aspectos coyunturales y estructurales, que permiten aventurar el poco éxito en la reorientación de un nivel administrativo necesitado de reformas que modifique las inercias arraigadas. En esta línea se defiende la introducción de lo que Jiménez Asensio (2011) califica de “institución de mediación”, la dirección pública profesional (DPP), si bien con una orientación más especializada. Constatada su relevancia, la cuestión es la siguiente: ¿sobre qué bases conceptuales se puede articular una dirección pública profesional de recursos humanos en nuestra Administración local?

Además de explorar los aspectos por así decir “técnicos”, la respuesta a este interrogante aconseja ser consciente del contexto político-administrativo donde su ejercicio tiene lugar. Tal y como se pone de manifiesto, la orientación concreta de este tipo de directivos está condicionada por los desafíos existentes en la actualidad. Pero como en cualquier ámbito referido a nuestra Administración Pública, para alcanzar una comprensión cabal de su problemática es imprescindible una referencia histórica que permita explicar la situación. Nuestro empleo público local tiene una trayectoria administrativa singular, no solo en términos le-

gales, sino en aspectos relevantes referidos a la gestión del sistema en su conjunto, que son los que explican en gran medida el *statu quo*.

Este planteamiento expositivo es el que permite adentrarnos en el cuerpo central del trabajo, enfocado en los componentes que permitan impulsar la profesionalización de la figura: las bases conceptuales de la moderna dirección de recursos humanos y su traslación a la esfera local; una comprensión adecuada de la realidad del ejercicio profesional, pluralista, compleja y fragmentada en términos de poder organizativo; su engarce en la realidad cotidiana de los Gobiernos locales, y, finalmente, la elaboración de unos estándares de desempeño específicos a partir de una monografía profesional del puesto y su consiguiente perfil de competencias, superador de visiones corporativas o políticas. Este planteamiento es el que puede hacer posible la introducción de un actor nuevo que, dotado de recursos y habilidades hasta ahora inexistentes en términos generales, puede introducir una mayor racionalidad técnico-económica en la gestión.

El marco teórico que sustenta el trabajo se basa en el nuevo institucionalismo de las ciencias sociales. Tal y como se sostiene, este enfoque proporciona un armazón conceptual idóneo para cimentar propuestas efectivas de reforma que trasciendan el simple expediente del cambio del marco normativo.

Para este trabajo se han utilizado diversos documentos generados precisamente con ocasión del arranque en 2009 de un Programa de desarrollo directivo, el Curso Superior de Dirección de Recursos Humanos en la Administración Local, que tiene lugar en el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), posteriormente actualizados, así como las reflexiones generadas en su desarrollo en la interacción con los alumnos, así como por las diversas investigaciones sobre el marco institucional del empleo público local en curso.²

2. Los desafíos del entorno institucional del empleo público local en España

Como recuerda Elinor Ostrom (2005:827), cualquier entorno institucional puede ser analizado a la luz de una serie de variables estructurales comunes: actores

2. El contenido del artículo refleja los argumentos de su autor, sin que necesariamente sean compartidos por el INAP como organización o por las restantes personas que han tenido un papel protagonista en el desarrollo del Programa, entre las que se encuentran Mikel Gorriti, Rafael Jiménez Asensio o Manuel Villoria. Por el INAP es justo dejar constancia del papel jugado por Carmen Toscano y Paz Martínez especialmente, sin cuyo concurso ese proyecto innovador difícilmente se hubiera materializado.

encuadrados en situaciones concretas, afectados a su vez por un conjunto de factores exógenos, cuya interacción repetida causa unos determinados impactos en el sistema. Este esquema analítico es idóneo para analizar un complejo institucional amplio, compuesto por más de trece mil entidades locales y unos 630.000 empleados públicos, sobre la base de considerar que los agentes que operan en el mundo local, es decir, el personal político (electos y cargos de confianza), partidos políticos, sindicatos, burócratas, Administración General del Estado y comunidades autónomas, responden de manera similar a determinados incentivos, y se valen de determinados mecanismos para afianzar sus propios intereses.

A los efectos que aquí interesan –calibrar la situación de partida– la interacción entre los actores descritos ha generado unos concretos impactos a escala estructural, entre los que destacan: 1) la notable laboralización y la precarización asociada del empleo público local; 2) la politización de la gestión, y 3) el característico modelo de negociación colectiva que ha arraigado en la gestión de personal. Estos rasgos han producido una débil institucionalización, y en consecuencia un arreglo institucional incapaz de resolver los problemas de acción colectiva para los que fue diseñado y cuyos criterios de desempeño incumple claramente (Rothstein, 2001; Hecló, 2010). El marco institucional del empleo público local tiene a día de hoy serios problemas para disponer de una burocracia de matriz weberiana, sometida en su funcionamiento a las reglas del sistema de mérito y que asegure no solamente la continuidad y permanencia de las políticas públicas, sino un ejercicio del poder público neutral y objetivo (Garrido Falla, 1980; Echebarría, 2006; Evans y Rauch, 1999).

¿Qué ha causado esta situación? Tal y como he argumentado en otro lugar (Cuenca, 2008), es imprescindible una perspectiva temporal amplia. La situación de nuestro empleo público local resulta explicable si atendemos a los cambios que en los años ochenta operaron sobre el empleo público local español. Hay que tener en cuenta que los mismos modificaron la estructura de incentivos de los actores, al tiempo que se proyectaban sobre un legado institucional característicamente preburocrático.

Los vectores del cambio fueron diversos. En un breve lapso de tiempo –entre 1984 y 1986– coincidieron reformas de la función pública, del Gobierno local o de las relaciones laborales, todo ello en un contexto

de expansión de servicios posibilitado por la llegada de fondos comunitarios. Esta verdadera coyuntura crítica del empleo público local en nuestro país (Pierson, 2004; Mahoney, 2000) condicionó la interacción de los actores, dando lugar a diversos impactos. El primero fue la laboralización. Si en 1984 el 19% de los efectivos locales eran laborales, en 1989 constituían más del 42%, lo que demuestra que la reforma operó como un auténtico punto de inflexión en la línea de tendencia. La dinámica institucional posterior muestra su arraigo: en el año 2004 el personal laboral llegó a rondar el 80% de las plantillas locales, estabilizándose posteriormente (años 2005-2006) en torno al 63%.

El segundo impacto, la politización burocrática, también puede ser explicado en función de decisiones –o de no decisiones– adoptadas en la concreta coyuntura. En primer lugar, tal y como se evidencia en el epígrafe siguiente, los dispositivos profesionales y permanentes de gestión del sistema de recursos humanos fueron sustituidos en la LBRL por un potente “entorno ejecutivo” (Márquez Cruz, 1997) con responsabilidad en materia de gestión de personal: alcaldes y concejales delegados “de personal” pasaron a ser los responsables sobre el terreno de la gestión burocrática, precisamente por esta característica, poco favorecedores de la permanencia de las políticas de personal, agravado además por la poca entidad de la mayoría de las corporaciones locales. La situación anterior era la de un ejercicio de la función limitado al control formal, jurídico, de la gestión, pero la solución institucional adoptada, dejar la gestión en la esfera política, no resultó la más adecuada, visto en perspectiva.

Pero es que –en segundo lugar– la politización fue favorecida por la abdicación de la Administración central hacia las corporaciones locales. La LBRL y el TRRL preveían que la implantación de la reforma burocrática operada por la LMRFP en el ámbito local requería que el centro dictase el conjunto de normas que la hicieran posible. Pues bien, tal previsión fue incumplida, dejando un amplio espacio para la acción de los actores políticos. La consecuencia de esta no política se agrava si tenemos en cuenta que, de los poco más de 8.000 municipios, 6.817, el 84%, tienen un censo de población inferior a los cinco mil habitantes. El uniformismo característico del régimen local diseñado por la LBRL hizo el resto, ya que no existía previsión alguna para las pequeñas entidades locales. La autonomía local (y la potestad de autoorganización asociada) pudiera haber tenido sentido en los 1.200 municipios mayores de

5.000 habitantes y en las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares. Pues bien, ni siquiera para los primeros se dictaron normas siquiera subsidiarias. Ni se actualizó ni se derogó expresamente el obsoleto Reglamento de funcionarios de 1952 –a día de hoy sorprendentemente en vigor– según la previsión de la propia LBRL, como tampoco se procedió a fijar el marco técnico para implantar el sistema abierto, basado en los puestos de trabajo, previsto por la reforma burocrática. Ni reglas sobre descripción de puestos-tipo, ni normas de carrera administrativa o de provisión de puestos fueron dictadas, pese a la previsión establecida en la propia normativa de Gobierno local, lo que tuvo no poco que ver con el fracaso en su implantación.³ La dejación del centro, en el momento trascendente de un cambio de modelo de función pública, facilitó su fracaso en la esfera local.

Por último, el tercer rasgo estructural, la característica sindicalización del empleo público local, también puede ser explicada a la luz de decisiones racionales adoptadas en aquellos años por los agentes que operan en el sistema, que aprovecharon las oportunidades proporcionadas por las reformas. El término “sindicalización” hace referencia no tanto a la tasa de afiliación de los empleados públicos locales como a uno de los rasgos característicos del mismo: el papel protagónico que en la gestión del empleo público local detentan los sindicatos “más representativos” en los términos de la Ley orgánica de libertad sindical (LOLS) de 1985. La LOLS potenció su papel en el entorno público. La opción legislativa de decantar la representación sobre las secciones sindicales (artículo 6.º) y no sobre los órganos electivos, dio lugar a un modelo “sindicalizado” de participación. Posteriormente, la promulgación de la Ley 9/1987, de 12 de junio, sobre órganos de representación y participación en la determinación de las condiciones de trabajo, refuerza este papel. Son los sindicatos, no los órganos electos (delegados o juntas de personal), quienes tienen el rol negociador. Esta re-

forma legal operó sobre un entorno institucional, el municipal, en el que desde 1981 se disponía sorprendentemente de una norma que, prácticamente, permitía a las centrales sindicales “cogestionar” el devenir de la política de personal a escala local, y que, como reflejaba su exposición de motivos, solamente pretendía “encauzar la rica dinámica participativa” que conocieron los ayuntamientos a partir de su renovación democrática en 1979. Justamente de la intensidad y extensión de las prácticas de negociación colectiva en la Administración local en el periodo considerado dan idea tanto los intentos judiciales de poner freno a la misma, en forma de una jurisprudencia contraria,⁴ como los informes del Tribunal de Cuentas.⁵

El caso es que en dicho contexto arraigaron unas dinámicas de funcionamiento que pueden ser descritas a la luz del concepto politológico de la dependencia de senda (*path dependency*), y su pervivencia hay que buscarla en la utilidad percibida por los actores intervinientes en punto a sus intereses (Mahoney, 2000; Pierson, 2004). La reforma operada en los años ochenta favoreció a actores como la clase política local o las organizaciones sindicales, al punto de ser calificada la situación resultante a día de hoy como de “captura” del empleo público (Sánchez Morón, 2010:67).

Es sobre un contexto como el descrito sobre el que ha “caído” una crisis económica de una dureza e intensidad imprevistas. La angustiada necesidad de contención del déficit público –el 3% para 2013–, que a su vez genera depresión productiva e incremento del desempleo, y la consiguiente merma de ingresos fiscales, por no hablar de los problemas asociados a la deuda soberana, hace imprescindible que el sector público español adopte reformas institucionales profundas y diversas –de ajuste fiscal, eficientistas, de mercado y gerenciales, como sintetiza Echebarría (2010)–. La modificación de unas políticas de personal claramente ineficientes es un factor previo. Sin embargo, se carece de recursos técnicos para esta finalidad. O lo que es lo

3. Únicamente se dictó en 1986 la normativa reglamentaria que permitía implantar en la nómina el sistema retributivo, el Real decreto 861/1986, de 25 de marzo. Hasta 1991 no se actualizaron los mecanismos de acceso a la función pública local, en forma de reglas básicas y programas mínimos (Real decreto 896/1991, de 7 de junio).

4. Gráfica resulta la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1993 cuando razonaba la imposibilidad de dar carta de naturaleza a una negociación que daría pie a ocho mil unidades diferentes, “pactando cada una a su libre albedrío”.

5. Al respecto, el Pleno del Tribunal de Cuentas, en su sesión de 20 de julio de 2006, aprobó una “Moción sobre control interno, llevanza de la contabilidad, gestión de personal y contratación en las entidades locales”, oportunamente elevada a las Cortes Generales, en la que se señalaban como principales deficiencias e irregularidades, además de que las entidades locales suelen carecer de la RPT, la laboralización creciente y el acceso de este personal con menores requerimientos, y el fenómeno de la negociación unitaria de las condiciones de trabajo de funcionarios y laborales, a través de acuerdos no siempre comunicados, lo que dificulta su control.

mismo, cualquier reforma demanda proveer capacidades institucionales como valor destacado en nuestro sistema de Gobierno local (Jiménez Asensio, 2011). La cuestión es si los factores exógenos serán suficientes para incentivar a los actores a que adopten un tipo de reforma gerencial como la postulada, la profesionalización y el refuerzo de las unidades de recursos humanos de las entidades locales españolas.

3. La gestión del sistema: breve reseña histórica

Una vez descrita la situación en términos institucionales, procede analizar de modo específico los instrumentos de gobierno del sistema, tanto heterónomos, ajenos a las propias entidades locales –ya sean de supervisión, tutela o asistencia– como autónomos –en el interior de la propia organización–. Resulta aconsejable conocer la evolución histórica de ambos y su cristalización actual si se quiere explicar un impacto concreto, el nivel de politización alcanzado, para lo que es imprescindible una breve reseña de los antecedentes históricos.

Desde la perspectiva de la responsabilidad externa, la gestión del personal local ha conocido diversas fases: de la ausencia de regulación alguna en la época de la Restauración, pasando por el rol subsidiario concebido en la época de Primo de Rivera, la estrecha tutela franquista, hasta la situación actual de autonomía formal y material.

El Estatuto de Calvo Sotelo es conocido por crear los entonces denominados “Cuerpos Nacionales”. Lo cierto es que regula también los que denomina “empleados municipales en general”: funcionarios técnicos (ingenieros, arquitectos, abogados, médicos), los “empleados administrativos”, y el grupo de “subalternos y obreros”. El de 1924 supone por tanto el primer intento de profesionalizar parte de la burocracia local por la vía de reglamentar su acceso en una norma, y de garantizar cierta independencia a secretarios e interventores. Inicialmente lo que hubo fue una ausencia

del Estado. La responsabilidad de la gestión de sus medios personales se encomendaba a las propias entidades locales. Así, según el Estatuto de Calvo Sotelo de 8 de marzo de 1924:

“Los ayuntamientos estarán obligados a formar reglamentos que determinen las condiciones de ingreso, ascenso, sueldo, sanciones, derechos pasivos, funciones y deberes de los empleados municipales. Dichos reglamentos deberán ser distintos para el personal técnico, el administrativo y el subalterno” (artículo 248).

La inacción de los ayuntamientos y diputaciones llevó a dictar el que sería un antecedente institucional relevante: el denominado Reglamento provisional para los funcionarios administrativos municipales, de 16 de mayo de 1928, en el cual se preveía un rol subsidiario del Estado. En aquellas entidades locales donde se hubiera incumplido la obligación del artículo 248 del Estatuto regiría este Reglamento, con el carácter de “estatuto legal”.

Tras el breve paréntesis republicano,⁶ la Ley de régimen local de diciembre de 1950 consagra teóricamente la potestad autorregulatoria para las Administraciones locales. No obstante, el Reglamento de 30 de mayo de 1952 tiene un propósito más activo e intervencionista. Se reconoce capacidad ordenadora de su propia función pública a las corporaciones locales, pero lo será “(...) dentro de las normas y limitaciones establecidas en este Reglamento (...)”. Lo que supone que es a partir de esta fecha cuando la Administración del Estado asume la responsabilidad por la vía del establecimiento de un marco legal vinculante. A partir de esta fecha se entra en una etapa de fuerte centralización. El centro se reserva mediante dos técnicas básicas la supervisión de la gestión: la autorización de las plantillas y especialmente la autorización previa en materia retributiva. Así, desde 1952 hasta 1978 se asiste a una práctica que dejará su impronta en la esfera local: la de la supervisión estrecha por parte del Ministerio de la Gobernación de la gestión del personal local, lo que da lugar a un aspecto característico: la “tutela” a cargo de órganos superiores.

6. Fue la Constitución republicana de 1931 la que consagró por vez primera la inamovilidad de los funcionarios municipales, al reconocer en su artículo 41 que la misma se garantizaba para los funcionarios públicos. Por su parte, tanto la Ley de bases como el texto articulado de 1935, con Portela Valladares de ministro de la Gobernación de llevarse a efecto, hubieran constituido un punto de inflexión en la institucionalización de lo que solamente entonces empezó a conocerse como “función pública local”, al regular claramente y de modo obligatorio los mecanismos de ingreso, carrera, y hasta una “Escuela de funcionarios de Administración local”.

No obstante, a partir de 1978 se produjeron modificaciones de calado, consecuencia de la adecuación de la Administración local a los cambios políticos, un periodo que Márquez Cruz (1994) ha calificado como de “transición local”. Así, el Real decreto 2856/1978, de 1 de diciembre, suprimió el Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales. Quedaba así desmantelado un dispositivo no solamente de supervisión, sino también de asistencia técnica en la gestión del sistema de personal. Otra decisión posterior, el Real decreto ley 3/1981, de 16 de enero, aumentó el “repliegue” de la Administración central. Se dejaron sin efecto los procedimientos de fiscalización, intervención y tutela en materia de “personal propio” en aspectos clave de la gestión de recursos humanos de las entidades locales, como la aprobación de las plantillas, el encuadramiento de funcionarios o el nombramiento de funcionarios de empleo.

Cuadro de reordenación de las atribuciones en materia de personal en el periodo de transición local

Materia	Atribución durante franquismo	Atribución durante transición local
Aprobación plantillas y cuadro laboral	Dirección General Adm. Local/Gob. Civil	Pleno entidad local
Fijación retribuciones complementarias	Dirección General Adm. Local/Gob. Civil	Pleno entidad local
Determinación número y régimen personal eventual	Dirección General Adm. Local/Gob. Civil	Pleno entidad local
Aprobación convocatorias acceso y provisión	Cada entidad local. En determinados casos se requiere autorización	Pleno entidad local

Fuente: elaboración propia

Este modelo de autonomía en materia de gestión de recursos humanos será el que consagrará la Ley de bases de régimen local de 1985. Con respeto de los aspectos centrales de la normativa de función pública general, recogidos en la LMRFP (el acceso, la noción de puesto de trabajo, la carrera administrativa, el régimen disciplinario y retributivo, etc.), su título VII reconoce capacidad ordenadora propia en materia de política retributiva y gestión de plantillas. No obstante, como se ha dicho, sin prever mecanismos de asistencia o, al menos, subsidiarios.

En lo que atañe a las responsabilidades en materia de gestión de recursos humanos sobre el terreno, en cada entidad local, el marco institucional tradicionalmente ha atribuido este rol a una figura, el secretario. Ya los reglamentos de secretarios de 1905 y 1916 les encomendaban “dirigir y vigilar a los empleados nombrados por el Ayuntamiento y por el alcalde”. El Estatuto de Calvo Sotelo de 1924 les dará, además, el papel de jefe de los servicios administrativos, lo que reitera el Reglamento de mayo de 1928.

Este rol de gestor es acentuado por el Reglamento de 1952, al disponer que será jefe “de todo el personal”, con tareas de coordinación, régimen interior y organización de servicios, además de considerarlo como miembro de la Corporación. Tal y como define la Instrucción 2.^a dictada para el desarrollo de esta norma, este cargo constituye “el elemento directivo de las funciones burocráticas”. Este rol se mantiene en el importante Real decreto 3046/1977, de 5 de octubre, por el que se articula el Estatuto de funcionarios locales. Pierde su rol de miembro corporativo, pero, significativamente, es conceptuado como “jefe de personal” y como “coordinador de dependencias y servicios de la corporación” (artículo 75). Existía, pues, algo parecido a un responsable de recursos humanos, bien que limitado y con un perfil que en los términos de Jiménez Asensio (2006) se encuadraría dentro de unos rasgos de corte burocrático-corporativo.

Esta situación fue modificada por la LBRL. La responsabilidad directiva sobre los recursos humanos fue atribuida al alcalde, en su calidad de jefe superior del personal, sin previsión alguna sobre la responsabilidad inmediata de tal cometido, usualmente atribuida a concejales y diputados delegados “de personal”. La reforma propició la politización estructural en la gestión del sistema, sin que las reformas recientes operadas en nuestro sistema de Gobierno local, como la operada en 2003, cambien sustancialmente este panorama.

4. La dirección profesional de recursos humanos (DRH) en los Gobiernos locales

Llegados a este punto cabría efectuar ya un balance: carecemos de mecanismos de gobierno y gestión eficaces en nuestro empleo público local. Si en los términos de Herman Finer (citado en Guerrero, 2010), gobierno es política más administración, esta ecuación está sesgada en la Administración española. La política ha invadido la gestión, pero paradójicamente no

en una línea de politización legítima de la gestión de personal (rendición de cuentas en materia de coste, equidad y eficacia de los servicios públicos), sino en un sentido completamente desprofesionalizador: la gestión del sistema se halla a cargo de políticos bienintencionados –alcaldes, diputados o concejales de personal–, pero habitualmente aislados y carentes de los recursos técnicos necesarios. Un eje de reforma institucional imprescindible es dotar a los Gobiernos locales de capacidades suficientes en este terreno. Si a estas alturas no cabe ser optimista acerca de la reforma del marco normativo del Gobierno local, hay que pensar en innovaciones de bajo coste de implantación. Una obvia es la asistencia técnica en la materia por parte de los Gobiernos locales intermedios. Otra es la que se propone: configurar directivos profesionales de recursos humanos.

En el contexto existente, cualquier intento de modernizar las políticas de recursos humanos resultará meramente retórico si no se reflexiona acerca de quiénes deben impulsar de modo operativo las nuevas prácticas de gestión. En palabras de Longo (2004:203), no hay *management* sin *managers*, algo que las exposiciones de motivos de nuestras leyes de función pública –de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964 hasta el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007, pasando por la reforma de 1993 de la Ley de medidas– han obviado de modo clamoroso, y que resulta especialmente palmario en la Administración local. La racionalidad técnica propia del *management* demanda profesionalización, y esta nota, la profesionalidad, debe constituir el elemento característico del director de recursos humanos (DRH) en los Gobiernos locales, entendiendo por profesional alguien que: a) pone en práctica un “saber específico”, es decir, conoce los fundamentos técnicos de la gestión de personas; b) sabe cómo desenvolverse en un entorno característico, el público, y de modo específico, el local; c) se encuadra organizativa y funcionalmente como un directivo, y, lo más importante, d) acredita la posesión de unas determinadas habilidades y destrezas que facilitan su acceso al mercado profesional, además de las consabidas credenciales académicas y de conocimiento, es decir, dispone de las competencias necesarias, lo que aleja a

la figura de cualquier tentación corporativa para centrar su selección en la demostración de la posesión de tales capacidades. Estos cuatro componentes (contenido técnico, contexto, ubicación y perfil) constituyen el eje del modelo sobre el que se articula la construcción profesional de esta figura, obviamente pensada para ser aprovechada por organizaciones locales a partir de cierto tamaño,⁷ y que se basa en adaptar de modo específico gran parte de la reflexión teórica generada en nuestro país acerca de la Dirección Pública Profesional (DPP).⁸

5. La DRH (1): ideas de política, contexto y funcionamiento

Como es conocido por quienes se desenvuelven profesionalmente en el medio, la gestión de personal en el mundo local se caracteriza por un grado de rigidez notable. Lo normativo es la única técnica, aplicada casi siempre con una visión rituarial y formalista. Suele pensarse que el Derecho publicado en el boletín oficial por sí solo se abre camino, cuando necesita de gestores que lo impulsen, lo adapten y lo rutinicen en la práctica, convirtiéndolo en una institución arraigada en quienes tienen que aplicarlo, máxime cuando el planteamiento del legislador es el de limitarse a crear el marco normativo dentro del cual cada Administración pueda configurar su propia política de personal (exposición de motivos del EBEP). Tampoco el uso de una técnica descontextualizada de lo público es la solución perfecta. No debiéramos caer en esa especie de *zapping managerial* (Pérez Menayo, 1995) que encontramos en algunas instituciones locales, siempre atentas a comprar la última moda en materia de dirección, pero poco dispuestas a innovar de modo profundo.

Las ideas en vigor acerca del contenido de una disciplina son las que gobiernan la práctica profesional. Las ideas de política (*policy ideas*) son las que definen los objetivos sustantivos de cualquier ámbito de la gestión pública. De ahí que haya que conceptualizar la gestión de recursos humanos como lo que es realmente: un conjunto de prácticas de gestión cuya finalidad es ayudar a las organizaciones a conseguir los objetivos que

7. Los destinatarios obvios serían los municipios de más de 20.000 habitantes (unos 400), además de las 38 diputaciones de régimen común y los 7 cabildos y diputaciones de régimen especial, y de probablemente una parte significativa de los 350 municipios de más de 10.000 habitantes.

8. Para una reflexión sobre *management* público es imprescindible Mendoza (1990); Jiménez Asensio (1996; 2006; 2009a; 2009b); Longo (2004); Echebarría (2000); Prats (2000); Ramió (2008), o Villoria (2009).

justifican su existencia (Cuenca, 2010), garantizando el aporte de los profesionales que necesitan, en el momento y lugar adecuados (*the right people, in the right time, in the right job*). Es, en definitiva, adoptar como guía el artículo 6.2 de la Carta Europea de Autonomía Local, que impele a contar con un personal de calidad. Objetivo que puede conseguirse mediante:

a) La garantía de que la institución cuenta con empleados públicos que cumplen los requisitos de conocimiento, experiencia, aptitudes y destrezas que necesita para sus servicios y políticas públicas.

b) Que el comportamiento laboral de tales empleados es conforme al interés público.

Para el primer objetivo resultan imprescindibles las técnicas del análisis de puestos de trabajo, como base para elaborar los requisitos profesionales. Los conocidos manuales de funciones y perfiles. No otra cosa son las tradicionales relaciones de puestos de trabajo, que aúnan el componente objetivo de las tareas (el puesto) con el subjetivo (los requisitos de desempeño del ocupante). Pero conviene tener en cuenta que no solamente hablamos de requisitos formales. Hoy día contamos con un lenguaje integrador, el de las competencias, como medio de vincular al ocupante con el puesto, que atiende a las conductas operativas del mismo, y que constituye la gran novedad de los enfoques de la moderna dirección de recursos humanos.

Pero la gestión pública de personas no es solamente disposición y ubicación del talento, sino también la puesta en práctica de unas prácticas de gestión en materia de ingreso, carrera, formación, retribución, rendimiento y condiciones de trabajo, percibidas como imparciales por los empleados públicos, y diseñadas de modo coherente e integrado. Prácticas equitativas que son las generadoras del compromiso organizacional, determinante de un mayor desempeño en su puesto de trabajo, y que es en la actualidad el eje de la moderna gestión de recursos humanos. Un constructo que, tal y como Stejn (2005) ha evidenciado, constituye la variable interviniente entre las políticas de personal y el impacto de los servicios públicos medidos en términos de calidad. Centrarnos en la "conducta profesional" tal y como recoge el EBEP (artículo 20), debe constituir el objeto preferente de la actuación profesional de los directivos locales de recursos humanos.

Esta definición aparentemente sencilla de los objetivos a alcanzar por las unidades de recursos humanos, no debiera confundirnos sobre la facilidad acerca de su puesta en práctica en la realidad cotidiana de nues-

tros Gobiernos locales, en su contexto. Y es que es conveniente tener presente el aserto de Pfeffer (1992): solemos admitir que los Gobiernos son organizaciones, pero nos cuesta admitir que también las organizaciones son Gobiernos. Al respecto debemos plantearnos quién y cómo gobierna la política de personal en nuestras entidades locales.

Este enfoque complementa la racionalidad técnica. Hay que evitar en la práctica profesional lo que Parrado (2005) denomina como el "credo racional" de la gestión pública. La visión tecnocrática que postula que la cuestión central en materia directiva se centra en la correcta identificación de los problemas, y en la selección de los remedios adecuados para corregirlos. La realidad demuestra que no es todo tan sencillo. Encontramos unas entidades locales en las que la jerarquía real no tiene nada que ver con la jerarquía formal. Con organizaciones poco estructuradas, con líneas de mando poco claras, en donde conviven problemas poco definidos, soluciones en cartera, luchas internas entre actores y oportunidades sobrevolando la realidad. En definitiva, una auténtica "anarquía organizada", por emplear los términos conocidos de una escuela de politólogos (Cohen, March, Olsen, Kingdon o Zahariadis).

En definitiva, lo que postula este componente es que resulta conveniente disponer de una concepción política de las organizaciones públicas. Junto al marco de referencia de la gestión pública de recursos humanos que nos habla de objetivos e instrumentos, debemos contar con otro marco, el del "arte de lo factible" (Metcalf, 1991), que atiende a los actores, y que cifra el éxito en los proyectos de cambio no solamente en la viabilidad técnica (los recursos de conocimiento y financieros), sino también en la política (la viabilidad para ponerlos en práctica). Un directivo público debe ser capaz también de identificar y alumbrar coaliciones internas viables. El liderazgo es en el ámbito público un pilar relevante de las teorías dinámicas explicativas del buen gobierno. En palabras de Margaret Levi (2006:12):

"Cuando se da una combinación de individuos con los incentivos y la imaginación para comprender cómo funcionar mejor dentro de un determinado *statu quo* o incluso superarlo, observamos transformación y creación institucionales."

Definidos los aspectos conceptuales, se requiere una reflexión acerca de su engarce: ¿cómo incardinar esta figura en los Gobiernos locales? La respuesta a esta pregunta requiere responder a su vez cuestiones

que atañen tanto a su ubicación orgánica, como a sus pautas de funcionamiento, o al régimen jurídico aplicable.

El rol característico de un directivo de recursos humanos frente al de un técnico es su disposición de cierto grado de autonomía, así como una visión global de la organización, frente al cometido concreto de un técnico, más limitado (Quijano, 2006). No pertenece por tanto a la esfera propiamente burocrática, ni obviamente al ámbito de decisión política. Es un directivo público, bien que en un ámbito especializado. Así, su espacio institucional (Villoria, 2009:113) se define desde la perspectiva vertical como un ejemplo de lo que Jiménez Asensio (1996:110) denomina “círculo de dirección político-administrativa”, diferenciado de la política y de la burocracia profesional, pero ubicado estratégicamente al máximo nivel (Cortés, 2001:77). Desde la perspectiva horizontal, su ámbito de responsabilidad, especializado, lo sitúa al frente de la unidad de personal.

Su caracterización como un profesional de la dirección pública de recursos humanos, dota a la figura de las notas que tanto Longo (2004) como Jiménez Asensio (2009) predicen de la función directiva: un ámbito de discrecionalidad; un conjunto de valores de referencia; un sistema de control, y, finalmente, un régimen de premios y sanciones. Una aplicación específica de estos elementos, haría necesario convertir el plan estratégico de recursos humanos en el instrumento que permitiría concretar el acuerdo de objetivos con la institución y que favorecería su evaluación.

Finalmente, la delimitación de su régimen jurídico es a día de hoy la operación más problemática. De modo paradójico, siendo un objetivo de la última reforma del empleo público en nuestro país el de “avanzar en el reconocimiento legal de esta clase de personal”, un efecto práctico en el mundo local ha sido el de cortar los escasos espacios de articulación de la dirección pública profesional. Ello es así por cuanto se entiende como tácitamente derogado el artículo 176.3 del texto refundido de las disposiciones legales en materia de régimen local de 1986. En el precepto se preveía que con determinadas cautelas –concreción de los requisitos de desempeño en la relación de puestos de trabajo– el personal eventual podía ejercer funciones directivas. La nueva redacción del artículo 12 del EBEP limita el uso

de esta clase de personal a tareas expresamente calificadas como “de confianza y asesoramiento especial”. Si bien esta descripción la aleja de la profesionalidad que se reclama de la dirección pública, el hecho es que, ante una clamorosa falta de desarrollo del legislador estatal y autonómico, los Gobiernos locales que deseen impulsar la función directiva tienen ante sí una situación francamente difícil.⁹

En cualquier caso, sea cual sea el encuadramiento legal que finalmente se decida, al DRH le son aplicables las notas del directivo público profesional: selección basada en la posesión de unas concretas capacidades profesionales, acreditadas en convocatoria pública realizada por un órgano técnico especializado, y, especialmente, un sistema de cese ligado a los resultados eventualmente insuficientes y no a los avatares de lo que Longo (2004:234) denomina la “metafísica de la confianza política”.

6. La DRH (2): perfil de competencias

Llegados a este punto, un elemento crítico en la caracterización de este tipo de directivos lo constituye su perfil. Ello supone seguir un camino diferente al que es habitual en nuestra tradición administrativa. El énfasis se pone en la definición de las capacidades necesarias para desempeñar con éxito el cometido –lo que el artículo 13 del EBEP denomina “criterios de idoneidad”– más que en el debate acerca de su régimen jurídico o el cuerpo o escala adecuado para monopolizar la función. Ello conduce al último eje de articulación del modelo, el subjetivo: cómo debe ser la persona adecuada para asumir las funciones. Como recuerda Jiménez Asensio (2009b), la construcción adecuada del perfil profesional es un elemento nuclear para:

⇒ Diseñar programas de formación de cuadros directivos.

⇒ Seleccionar directivos que no solamente “sepan”, sino que también “puedan” desempeñar con eficacia los cometidos del puesto.

⇒ La evaluación y el desarrollo del profesional, que dispone de un repertorio que le permite contrastar sus propias capacidades.

La elaboración de un perfil profesional es un procedimiento iterativo que, como describe Villoria (2009:100),

9. A falta de la regulación autonómica existen alternativas como la planteada específicamente por Jiménez Asensio para los Gobiernos locales (2009a): contemplar la figura del directivo público a través de un Reglamento o acuerdo específico que regule su Estatuto jurídico, en especial sus deberes, régimen retributivo, jornada, retribuciones y régimen disciplinario.

pasa por analizar y describir el puesto, una vez diseñado. O lo que es lo mismo, a partir de las tareas del puesto de trabajo se definen los requerimientos del candidato. Al respecto, la monografía profesional que se propone es la siguiente (Cuenca, 2002):

MISIÓN: Planificar e implantar las estrategias, políticas y procedimientos de la entidad local en materia de recursos humanos, de acuerdo con las prioridades del Gobierno local, el marco normativo y los criterios de eficacia y equidad, para conseguir una plantilla adecuada en volumen y estructura, motivada y comprometida con el interés público.

FUNCIONES/ÁREAS DE RESULTADO CLAVE:

☑ F1: Implantar los sistemas de gestión de la entidad local en materia de recursos humanos en los ámbitos de: planificación de plantillas, selección externa e interna, política retributiva, evaluación y desarrollo.

☑ F2: Gestión de las relaciones laborales: interlocución con los representantes de los empleados públicos, la comunicación interna y la política de prevención de riesgos laborales.

☑ F3: Asesoramiento y asistencia jurídica: informes y propuestas de resolución en la materia y asistencia a los órganos de gobierno de la institución.

☑ F4: Administración de personal: aseguramiento de la conformidad legal y presupuestaria de los actos y acuerdos adoptados.

☑ F5: Organización y funcionamiento de los servicios: gestión del cuadro de mando de la función de personal y mantenimiento de la estructura organizativa idónea.

Una vez definido el puesto es posible caracterizar los requisitos del candidato idóneo. Ahora bien, en la actualidad, más que de un perfil elaborado en los términos clásicos de una síntesis de conocimientos generales y específicos, experiencia y habilidades, se va más allá: se habla de perfil de competencias, entendiendo por competencia la idea-fuerza que vincula a la persona con su puesto de trabajo, que se centra en los comportamientos observables (se hace o no se hace) más que en los clásicos atributos de conocimiento. Como he argumentado en otra parte (Cuenca, 2010: 235), el término engloba dos grandes epistemologías: la conductista, que busca entresacar las características de los individuos causalmente relacionadas con el desempeño superior, y la funcionalista, que indaga en los repertorios de conducta que resulta necesario desplegar en el entorno laboral. Las primeras son las que dan lugar en los perfiles a las competencias transversales, gené-

ricas o sociales. Las segundas son de tipo ocupacional, específico de la profesión. Ambas conforman el perfil.

¿Qué perfil de competencias demanda el director de Recursos Humanos? Lógicamente una combinación de ambas, ya que la figura participa de la definición predicable del directivo público en general. Para las competencias de tipo conductual en este ámbito se han ensayado varios repertorios (Jiménez Asensio, 2009; Villoria, 2009). Entre las mismas encontramos las capacidades básicas relacionadas con la planificación, la gestión económica, la calidad, o con la posesión de destrezas como la comunicación efectiva, el liderazgo de equipos o la orientación a resultados, aparte de poseer unos determinados valores propios del servicio público. No menos relevantes, tratándose de una dirección funcional, resultan las competencias específicas o técnicas, el objeto de este trabajo. Una propuesta es la siguiente (Cuenca, 2010:32):

PERFIL DE COMPETENCIAS TÉCNICAS DEL DRH

1. Manejar con criterios de eficacia las principales categorías del empleo público local y sus instrumentos de ordenación, incluyendo las relaciones entre la regulación estatal y autonómica del mismo.
2. Manejar metodologías de Planificación de Plantillas y de análisis de necesidades de personal.
3. Analizar y describir un Puesto de Trabajo: diseño del cuestionario, entrevista al ocupante y confección de la Monografía Profesional.
4. Elaborar un Perfil Profesional del ocupante del puesto de trabajo. Los requerimientos de desempeño, en términos de conocimientos generales y específicos, experiencia significativa, destrezas y habilidades y actitudes.
5. Planificar el contenido propio de una Relación de Puestos de Trabajo, incluyendo sus mecanismos de gestión y de actualización.
6. Diseñar procesos de selección externa (acceso) o interna (provisión), incluyendo la definición de los ejercicios con criterios de fiabilidad y validez y la redacción de las bases de la convocatoria.
7. Elaborar un Modelo de Gestión por Competencias: elaboración del Diccionario, los comportamientos y los niveles requeridos en cada perfil, atendiendo a los diversos tipos de competencias (corporativas, técnicas y sociales).

8. Ejecutar y analizar entrevistas de selección, tanto las clásicas (curricular) como la denominada por competencias (entrevista conductual estructurada o de incidentes críticos).
9. Manejar la metodología de análisis de necesidades formativas y de planificación, programación y evaluación de acciones de formación continua.
10. Definir un Manual de Valoración de Puestos de Trabajo: descripciones de puestos, definición, graduación y ponderación de factores.
11. Definir procesos de Gestión del Desempeño en base a metodologías basadas en conductas profesionales y consecución de objetivos.
12. Ser capaz de leer y diagnosticar críticamente estructuras organizativas, incluyendo el manejo adecuado de los principales parámetros de diseño de las mismas.
13. Manejarse adecuadamente con algunos de los eventos críticos de la función: criterios de calidad jurídica de procedimientos disciplinarios; redacción de documentos y acuerdos en materia de negociación colectiva, planes de empleo.
14. Elaborar y definir un Plan de prevención de riesgos laborales.
15. Manejar sistemas básicos de gestión: elaboración de diagnósticos de la función y de planes de actuación, memorias e indicadores, cartas de servicios y análisis de procesos, elaboración de informes administrativos eficaces.

7. La DRH (3): desarrollo de un proyecto formativo

La disposición del perfil profesional juntamente con las bases técnicas de su ejercicio proporciona, objetivamente, los contenidos curriculares de un Programa formativo de Dirección Pública de Recursos Humanos, soporte de acompañamiento a cualquier intento de profesionalización. Se presenta una sugerencia de contenidos que trata tanto de tener presentes los problemas endémicos de nuestro empleo público local como de anclar cualquier intento de mejora dentro del marco normativo existente, bien que leído de un modo menos burocrático y por ello más directivo, entendiendo por tal la integración de Derecho y *management*, es decir, la complementariedad de los aspectos normativos en la definición de sistemas de gestión tendentes

a solucionar problemas organizativos concretos, todo ello en el formato típico de la formación de directivos: el mundo real. Por ello, el “enfoque docente” debiera concretarse de tres modos diferentes:

A) Exposición del marco teórico-conceptual y, en su caso, normativo.

B) Desarrollo de estudios de caso o talleres prácticos.

C) Conferencias y experiencias de éxito.

Una distribución de contenidos centrada tanto en objetivos de conocimiento como en la adquisición de destrezas sería la siguiente, pensada para un curso de alrededor de 150-200 horas:

- 15%: Fundamentos del empleo público local. Problemática de los recursos humanos en las entidades locales. Los instrumentos de ordenación de la gestión de personal: Plantillas. RPT. Planes de empleo. OEP. El EBEP. (Enfoque jurídico). (SABER).

- 15%: Gestión estratégica de recursos humanos: Definición de planes de gestión y mejora. Gestión por competencias. Control de gestión: indicadores y cuadro de mando de la función. (SABER Y SABER HACER).

- 40%: Sistemas de gestión (enfoque institucional): Selección y flujo de personal. La política retributiva. Formación y carrera profesional. Evaluación del desempeño. Relaciones laborales. (SABER Y SABER HACER).

- 20%: Habilidades instrumentales para el gestor profesional (enfoque psicosocial): Cómo entrevistar; cómo elaborar descripciones de puestos; cómo calcular plantillas. Habilidades de cambio organizativo. (SABER HACER).

- 10%: Nuevas herramientas de la gestión pública: La calidad de los servicios públicos (cartas de servicios). Ética del servicio público. La función directiva. (SABER SER).

- Experiencias de éxito en la gestión pública de recursos humanos (integradas en los diversos módulos). (Conferencias, también integradas). (SABER).

8. Conclusiones: la implantación de la DRH en la Administración local española

Un cambio efectivo en las políticas de personal en el contexto actual del empleo público local, caracterizado por rasgos como la laboralización, la politización estructural o la sindicalización, solamente puede conseguirse de modo efectivo introduciendo un elemento

directivo que dote al sistema de la racionalidad técnica que la situación demanda.

Al respecto, un elemento clave es la profesionalización de la dirección de recursos humanos en los Gobiernos locales. Ahora bien, la introducción de esta figura no debiera centrarse en estériles debates corporativos, sino en la acreditación de las destrezas profesionales necesarias para desempeñar eficazmente los cometidos atribuidos en su monografía profesional, la definición de los roles y cometidos del puesto de trabajo.

Esta definición posibilita la obtención del perfil de competencias, que, junto a los objetivos sustantivos a conseguir, el conocimiento del medio organizativo donde ejerce y un acceso público y competitivo, conforman los rasgos principales del director de recursos humanos que se postula para los Gobiernos locales de nuestro país. Por último la innovación se cierra con el esbozo de un Programa de desarrollo directivo que sea el sustento de su impulso.

9. Referencias bibliográficas

- BEZES, P. y LODGE, M. (2006): "Historical legacies and dynamics of institutional change in administrative systems". IPSA World Congress.
- CAPOCCIA, G. y KELEMEN, D. (2006): "The study of critical junctures in historical institutionalism". En: *Political Methodology*, p. 1-30.
- CORTÉS, J. V. (2001): *Manual práctico de gestión de recursos humanos en la Administración local*. Madrid, Dykinson.
- CUENCA, J. (2002): *La dirección de recursos humanos en el ámbito municipal: un enfoque de política de personal*. Barcelona, Bayer Hermanos.
- CUENCA, J. (2008): "El empleo público local en España (1984-2006): configuración y dinámica de una institución fallida". En: *Administración & Ciudadanía*, núm. 2-2008, p. 47-72. Santiago de Compostela, EGAP.
- CUENCA, J. (2010): *Manual de dirección y gestión de recursos humanos en los Gobiernos locales*. Madrid, INAP.
- ECHEBARRÍA, K. (2000): "La Administración Pública en la era del *management*". En: LONGO, F. y ZAFRA, M. (coord.): *Pensar lo público*. Granada, CEMCI-ESADE. P. 45-62.
- ECHEBARRÍA, K. (2006): "Caracterización empírica de las burocracias latinoamericanas: configuraciones y roles en el proceso de elaboración de políticas públicas." En: *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 34, p. 126-146.
- EVANS, P. y RAUCH, J. (1999): "Bureaucracy and growth: A cross-national analysis of the effects of 'Weberian' State structures on economic growth". En: *American Sociological Review*, vol. 64, núm. 5 (oct. 99), p. 748-765.
- FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS (FEMP), 2006: *La situación de los ayuntamientos en España, sus carencias económicas y problemas de gestión: diagnóstico y propuestas en una perspectiva europea*. En: www.femp.es/index.php/formación_y_estudios/estudios/trabajos_recientes/.
- GARRIDO FALLA, F. (1980): "La institución administrativa en la Constitución Española". En: *International Review of Administrative Sciences*, núm. 46, vol. 1, p. 1-8.
- GUERRERO, O. (2010): *La Administración Pública a través de las ciencias sociales*. México, FCE.
- HECLO, H. (2010): *Pensar institucionalmente*. Madrid, Paidós.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (1996): *Altos cargos y directivos públicos*. Oñate, IVAP.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2006): "Los directivos públicos en España (tres tesis y algunas propuestas)". Ponencia presentada en el *II Congrés Català de Gestió Pública*. Barcelona, 5-7 de julio de 2006. Disponible en www.congres.acgp.net.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2009a): *El personal directiu a l'Administració local*. Barcelona, Diputació Provincial.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2009b): "La Dirección Pública Profesional: perspectiva comparada y diagnóstico de la situación en España". En: JIMÉNEZ ASENSIO, R., VILLORIA, M. y PALOMAR OLMEDA, A.: *La Dirección Pública Profesional en España*. Madrid, IVAP-Marcial Pons. P. 16-64.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2009b): "Las instituciones locales en tiempo de crisis: reforma institucional y gestión de recursos humanos en los Gobiernos locales". En: *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 25, febrero de 2011, p. 57-77.
- LEVI, M. (2006): "Por qué necesitamos una nueva teoría del gobierno". En: *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 14, abril 2006, p. 9-40.
- LONGO, F. (2004): *Mérito y flexibilidad. La gestión de las personas en las organizaciones del sector público*. Barcelona, Paidós.
- MAHONEY, J. (2000): "Path Dependence in Historical Sociology". En: *Theory and Society*, vol. 29, núm. 4, p. 507-548.

MÁRQUEZ CRUZ, G. (1997): "Transición y normalización del sistema político local en España". En: ALBA, Carlos R. y VANACLOCHA, Francisco J. (coord.): *El sistema político local: un nuevo escenario de gobierno*. Madrid, Universidad Carlos III y BOE. P. 141-204.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (2005): Estatuto Básico del Empleado Público. *Informe de la Comisión*. Madrid. Abril 2005.

NORTH, D. (1993): *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México, FCE.

OSTROM, E. (2005): "Doing institutional analysis. Digging deeper than markets and hierarchies". En: MENARD, L. y SHIRLEY, M. (ed.): *Handbook of new institutional economics*. Springer. P. 819-848.

PARRADO, S. (2005): *Guía para la elaboración de planes de mejora en las Administraciones Públicas*. Madrid, INAP.

PETERS, G. (2003): *El nuevo institucionalismo: la teoría institucional en ciencia política*. Barcelona, Gedisa.

PEFFER, J. (1992): *El poder en las organizaciones*. Madrid, McGraw-Hill.

PIERSON, P.

2000: "Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics". En: *The American Political Science Review*, vol. 94, núm. 2, p. 251-267. USA.

2004: *Politics in Time: History, Institutions and Social Analysis*.

PRATS, J. (2000): "La modernización administrativa en las democracias avanzadas: las políticas de los 80: contenidos, marcos conceptuales y estrategias". En: LONGO, F. y ZAFRA, M. (coord.): *Pensar lo público*. Granada, CEMCI-ESADE. P. 83-149.

QUIJANO, S. (2006): *Dirección de recursos humanos y consultoría en las organizaciones*. Barcelona, ICA-RIA.

ROTHSTEIN, B. (2001): "Las instituciones políticas: una visión general". En: GOODIN y KLINGEMANN (ed.): *Nuevo Manual de Ciencia Política*. Madrid, Istmo. P. 199-246.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (2010): "La situación actual del empleo público." En: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid, IUSTEL. P. 58-67.

STEJN, B. y LEISING, P. (2005): "Organizational commitment among Dutch public sector employees". *Paper or EGPA Study Group: Public Personnel Policies. EGPA Annual Conference*. Agosto-septiembre.

VILLORIA, M. (1996): *Manual de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*. Madrid, Tecnos.

VILLORIA, M. (2009): "La Función Directiva Profesional". En: JIMÉNEZ ASENSIO, R., VILLORIA, M. y PALOMAR OLMEDA, A.: *La Dirección Pública Profesional en España*. Madrid, IVAP-Marcial Pons. P. 65-121.

WEINGAST, B. (2001): "Las instituciones políticas: perspectivas de elección racional." En: GOODIN y KLINGEMANN (ed.): *Nuevo Manual de Ciencia Política*. Madrid, Istmo. P. 199-246. ■

Estudiar las democracias locales desde la perspectiva de los concejales. Democracia y actores políticos en los ayuntamientos españoles¹

Carmen Navarro Gómez

Departamento de Ciencia Política. Universidad Autónoma de Madrid

Juan Ignacio Criado Grande

Departamento de Ciencia Política. Universidad Autónoma de Madrid

1. Introducción

2. Marco general de la investigación sobre las democracias locales desde la perspectiva de los concejales

- 2.1. Estudiar las democracias locales en un contexto cambiante: líneas y diseño de investigación
- 2.2. Primera línea de investigación: participación ciudadana y teoría democrática
- 2.3. Segunda línea de investigación: nueva gestión pública en los servicios y las políticas públicas locales
- 2.4. Tercera línea de investigación: élites políticas y liderazgo político local
- 2.5. Diseño de investigación: marco teórico y metodológico

3. Resultados sobre el estudio de los concejales españoles

- 3.1. La noción de “alcalde fuerte” entre los concejales españoles
- 3.2. Visiones de democracia local
- 3.3. Percepciones sobre los instrumentos de la nueva gestión pública

4. Conclusiones

5. Bibliografía

Resumen

El nivel municipal de Gobierno ha cobrado una importancia fundamental en nuestras sociedades y, en este contexto, las democracias locales han acaparado un creciente interés y atención en las investigaciones empíricas de la ciencia política. La producción científica se ha venido concentrando en el estudio de la institución más relevante del ámbito local: la figura del alcalde. Esta tendencia ha dejado momentáneamente fuera de foco a otra institución que goza de una importancia similar: el pleno municipal, y los actores que lo componen, los concejales. Este trabajo presenta el diseño y algunos resultados preliminares de la investigación: *Nuevos espacios para el análisis del liderazgo político en España. Estudio de los concejales españoles y su papel en la estructura de Gobierno local a treinta años de ayuntamientos democráticos*, dirigida a comprender y analizar las maquinarias de Gobierno local en los municipios españoles de más de 10.000 habitantes, tomando como fuente de conocimiento la visión sobre las mismas de los concejales. En concreto, después de presentar en la primera parte el objetivo y diseño y método general de la investigación, este trabajo se centra en el análisis de algunas de las dimensiones básicas del estudio tales como: la visión de los concejales sobre la democracia local y el tipo de liderazgo que se ejerce en los ayuntamientos, y sus percepciones sobre las nuevas formas de gestión pública.

Palabras clave: *Gobierno local; democracia; liderazgo; élites políticas; nueva gestión pública.*

1. Este artículo se ha realizado con el apoyo económico del Plan Nacional de I+D+i a través del proyecto CSO2008-06453, *Nuevos espacios para el análisis del liderazgo político en España. Estudio de los concejales españoles y su papel en la estructura de Gobierno local a treinta años de ayuntamientos democráticos*.

Abstract

During the last years, the local level of government has gained influence and local democracies have merited attention of empirical studies in political science. Academic research has focused on the study of two of the most relevant institutions at the local level of government: mayors and boards of government. This trend has made city councillors an unstudied research subject. This study presents the design and preliminary results of the research: Nuevos espacios para el análisis del liderazgo político en España. Estudio de los concejales españoles y su papel en la estructura de Gobierno local a treinta años de ayuntamientos democráticos, devoted to understand and analyse the role of Spanish city councillors in municipalities up to 10.000 inhabitants. This study is framed by a European project with primary data derived from a common survey. This empirical study sheds light on various features of local councillors regarding to their political roles and careers. What is the role of city councillors, as political actors, in the local government, and what are the types of factors –agency or institutional– determining them the most. In the Spanish case, the research hypothesis is that institutional factors (i.e., the “strong mayor” type of local government) shape behaviours and roles of city councillors.

Keywords: Local government; democracy; leadership; political elites; new public management.

1. Introducción

La democracia local constituye un pilar importante del sistema político democrático de un Estado. Las instituciones centrales de la democracia a nivel municipal son: el pleno, el alcalde y la junta de gobierno. Estas dos últimas instituciones han recibido una mayor atención por parte de estudios empíricos y análisis desde la ciencia política. No así la primera de ellas, el pleno municipal y sus miembros (los concejales). El objetivo de este trabajo consiste en abordar un análisis sobre las estructuras básicas del Gobierno local a través del acercamiento a los componentes del pleno, esto es, los concejales. En concreto, a través de este estudio se aspira a aportar conocimiento sobre la figura del concejal en los Gobiernos locales españoles y, más en concreto, sobre algunas de sus dimensiones básicas tales como su visión sobre la democracia local, la percepción que poseen de sus tareas, su relación con otros actores del sistema de Gobierno local, etc.

El nivel de Gobierno local es el menos explorado por la ciencia política española (Alba y Navarro, 2003), el que está en proceso de mayores transformaciones y el que presenta más importantes retos de investigación (por su número –8.114 municipios en España–, por su diversidad, por sus diferencias en cuanto a tamaño de la población, competencias, etc.). Sin embargo, a nivel comparado, la literatura es enormemente extensa. Abundan los trabajos, tanto aquellos basados en el enfoque de las tradicionales visiones de Gobierno (Page y

Goldsmith, 1987; Hesse y Sharpe, 1991), como nuevas contribuciones que han comenzado a hablar del cambio del “gobierno” a la “gobernanza” (Stoker, 1998), tal y como en España se hiciera, referidas a ámbitos geográficos limitados (Brugué y Vallès, 2005). Algunos trabajos han aspirado a hacer una revisión de la naturaleza del Gobierno local en toda Europa (John, 2001) y de los impactos de la globalización en los Gobiernos locales (Hambleton *et al.*, 2002), poniendo bajo el foco de atención las ciudades como lugares de interés para el estudio de la actividad política (Le Gales, 2002), la reflexión sobre el papel de los CEOs (*Chief Executive Officers*) o gerentes en los Gobiernos locales (Klausen and Magnier, 1998), su relación con los líderes políticos (Mouritzen and Svava, 2002) y la aparición de nuevas formas de toma de decisiones (Denters *et al.*, 2003). En estas obras, el análisis del caso español ha estado ausente o ha sido muy escasamente tratado.

El artículo se estructura de la siguiente manera. En el siguiente apartado se presenta el marco general del trabajo de investigación en marcha sobre los concejales en España, introduciéndose sus tres líneas de investigación principales, así como el marco analítico y metodológico propuesto. Más adelante, en el apartado tercero, se ofrecen algunos resultados del estudio, en concreto los referidos a una de las líneas de investigación: las élites locales y sus visiones de democracia, liderazgo local y gestión pública. Finalmente, la conclusión resume los aspectos más relevantes de ese análisis, y esclarece algunas líneas de trabajo futuro

que quedan abiertas debido a las potencialidades que se derivan de un objeto de estudio del alcance y naturaleza del presente.

2. Marco general de la investigación sobre las democracias locales desde la perspectiva de los concejales

Este apartado ofrece una aproximación al marco general de investigación en el que se inscribe el presente artículo, presentando sus tres líneas de trabajo [(a) participación ciudadana y teoría democrática, (b) nueva gestión pública en los servicios y las políticas públicas locales, (c) élites políticas y liderazgo político local] para centrarse después, más específicamente, en el marco analítico y metodológico concreto con el que se aborda la atención a los concejales españoles, estableciendo una consideración general de todas las variables posibles de análisis que se tienen en cuenta, de cara a especificar aquellas que se atienden en el presente artículo y que, por su propia naturaleza, no son tan numerosas.

2.1. Estudiar las democracias locales en un contexto cambiante: líneas y diseño de investigación

El principal objetivo de este proyecto de investigación sobre los concejales es evaluar el estado de la democracia local en España, mediante el análisis detallado y sistemático de las nuevas formas de relacionarse los Gobiernos locales con la ciudadanía. A más de treinta años de la constitución de ayuntamientos democráticos en nuestro país, se pretende explorar en qué medida los cambios operados se acomodan a los desafíos de mayor democracia y mayor eficiencia que tienen ante sí los sistemas locales. La compleja realidad en que consiste el mundo local español (por el alto número y fragmentación de sus municipios) y la ausencia de estudios de suficiente amplitud y alcance que permitan analizar el fenómeno (por la inexistencia de estudios empíricos globales sobre la materia), hicieron necesaria la obtención de datos propios. Solo sobre datos empíricos actuales que permitan construir conocimiento de nuestra realidad local, resulta posible realizar un análisis integral del entramado amplio y complejo de las nuevas relaciones ciudadanos-Gobierno en nuestras democracias de proximidad.

Cada una de las dimensiones enumeradas en la Tabla 1 constituye un conjunto de fenómenos para ser analizado. Ello se traduce en la necesidad de unir esfuerzos desde tres campos de conocimiento diferenciados, a fin de poder comprender el fenómeno en toda su extensión. Por un lado, relacionada con la primera dimensión de análisis, tendríamos la presencia del vector de la Teoría Política, que ayudaría a comprender las implicaciones que, para la teoría democrática, tienen los cambios producidos. En segundo lugar, se incluye en el programa la presencia de los estudios de Administración y Gestión Pública, para explorar los nuevos arreglos de producción de servicios y políticas públicas de una forma más eficaz y eficiente, y más cercana al ciudadano, teniendo en cuenta el papel de la NGP. En tercer lugar, se incorpora el bloque de estudios sobre Élites Políticas, a fin de analizar el papel de los líderes políticos en la democracia local y en su reforma.

Tabla 1. Tipos de cambios en la relación ciudadanos/Gobierno en las democracias locales

Dimensión I Participación ciudadana Cambios en la presencia de ciudadanos o grupos en los procesos decisorios	Dimensión II Nueva gestión pública Cambios en la producción de los servicios y las políticas públicas locales	Dimensión III Liderazgo local Cambios en los comportamientos y visiones de los líderes políticos locales
Indicadores: – Medidas para el incremento de la información o transparencia – Medidas para propiciar la consulta (encuestas, ...) – Medidas para incorporar activamente a los ciudadanos en las decisiones públicas (foros participativos, referéndums, voto electrónico, foros deliberativos: consejos de barrio, jurados ciudadanos, planes estratégicos, agendas 21 locales, etc.)	Indicadores: – Descentralización intraorganizativa – Orientación a cliente – Mejora en la calidad – Uso de tecnologías de la información – Privatización y partenariados público-privados – Enfoque hacia el tercer sector – Cooperación intermunicipal	Indicadores: – Tipos de líderes políticos – Cambios en las visiones de democracia por parte de los líderes políticos – Cambios en las relaciones de los líderes políticos con los ciudadanos

Fuente: elaboración propia.

2.2. Primera línea de investigación: participación ciudadana y teoría democrática

El primero de los ámbitos de estudio se refiere a los estudios de teoría democrática. En este primer bloque de temas, al trabajo empírico de identificación de las formas puestas en marcha de participación ciudadana en los municipios objeto de estudio, le seguiría la reflexión sobre su vinculación con un modelo u otro de democracia y sus implicaciones. Existen muchas formas de participar, y cada una tiene diversos subtipos internos con diferente complejidad e intensidad. Como tipos básicos se suelen establecer diferencias entre: 1) información, 2) consulta, y 3) implicación (codecisión). Las diferentes formas de participación que en la actualidad se están practicando en todos los municipios acaban en propuestas o decisiones que pueden tener un carácter más o menos vinculante. En determinar su grado de influencia en las decisiones finales reside uno de los más interesantes centros de atención en la materia.

Este es uno de los criterios que muchos autores consideran relevante a la hora de evaluar si ha habido transferencia sustantiva de poder a los ciudadanos. La actual LBRL (Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 1985) es clara en atribuir la decisión a los representantes políticos, lo que hace que de ningún proceso participativo se pueda derivar una decisión automáticamente vinculante. Otra cuestión, sin embargo, es el compromiso de los representantes electos de respetar lo acordado en los foros ciudadanos, o la cultura que en un momento dado las autoridades puedan desarrollar de asumir la voluntad ciudadana e incorporarla en la decisión de que se trate. Asimismo, se suelen destacar otros efectos de la participación que pueden tener tanto o más valor, como el hecho de que se desarrollen procesos deliberativos o se implique en ellos a un gran número de ciudadanos.

Al corpus empírico obtenido del trabajo de campo en esta dimensión, tras someterlo a una clasificación y, en su caso, generación de tipos, se le aplicarán las siguientes preguntas de investigación:

- De qué tipo de participación se trata (información/consulta/implicación ciudadana).
- Cuál es el grado de vinculación de las propuestas (alto, medio, bajo).
- Quién lo ha impulsado (Gobierno, ciudadanos).
- En qué fase del proceso decisorio se ha utilizado (diseño, decisión, implementación, evaluación).
- Cuál ha sido el grado de deliberación que se ha producido (alto, medio, bajo).

- Impacto del modelo de participación (extensivo, intensivo).

- Cuál es la base del esquema de participación (asociativa, ciudadana, mixta).

- Cuál es el ámbito de su desarrollo (sectorial, territorial).

De las respuestas que se obtengan a estas preguntas, se espera poder construir una reflexión sobre la medida en que estas fórmulas están consiguiendo o no participar realmente e influir de manera directa en las políticas que afectan a sus vidas, y qué implicaciones tiene ello para el modelo democrático local.

2.3. Segunda línea de investigación: nueva gestión pública en los servicios y las políticas públicas locales

En este segundo bloque se pretende contrastar la incorporación en el ámbito local del enfoque de la nueva gestión pública (NGP). Aquí, el trabajo empírico pretende identificar innovaciones en la gestión de los servicios y las políticas públicas locales, dentro de los ayuntamientos objeto de análisis. En este sentido, se han considerado diferentes mecanismos de innovación administrativa que caminan en la dirección de la superación de la realidad burocrática anterior, entre otros, mediante la búsqueda de: a) el reforzamiento de la coordinación gubernamental; b) la descentralización y simplificación de las estructuras administrativas; c) la separación creciente de las responsabilidades políticas respecto de las de gestión; d) la delegación de la gestión de servicios en agencias con mayor autonomía y controladas por sus resultados; e) la incorporación de elementos de competencia en la prestación de servicios públicos; f) la difusión de instrumentos de medición de la calidad de los servicios; g) la creciente orientación a los clientes de los servicios; h) la participación de actores del sector privado; i) la cooperación intergubernamental desplegada, así como j) la adopción y difusión de tecnologías de información y comunicación en dichos procesos.

En esta dimensión, el trabajo empírico orientado a la identificación de nuevas formas de gestión de los servicios y políticas públicas estaría ligado a un esfuerzo de análisis sobre la orientación predominante de las iniciativas desplegadas en la arena local, así como los constreñimientos institucionales más relevantes que se han encontrado a su emergencia y desarrollo. Los

cambios esperados se podrían considerar, bien como reformas de aspectos poco importantes en la línea de una NGP, cuyos valores suelen contrastar con las características del modelo administrativo español, bien como transformaciones de mayor calado en la línea de mejora de la gobernanza local desde un enfoque más amplio, en el que la participación de diferentes agentes del entorno de referencia se convierte en un aspecto clave dentro de los procesos de producción de los servicios y las políticas públicas locales.

El análisis con base empírica de los servicios y de las políticas públicas locales se centra en el intento de respuesta de una serie de preguntas de investigación que se desprenden de los estudios más recientes en la materia:

- ¿Qué tipo de mecanismos de innovación de la gestión de los servicios y las políticas públicas se han identificado?

- ¿Cuál es la orientación predominante en las reformas en las organizaciones o tipos de organizaciones analizados?

- ¿Cuáles han sido las características institucionales más decisivas a la hora de impulsar/inhibir las innovaciones propuestas?

- ¿Cuál es la intensidad de la implantación de las actuaciones desarrolladas? (discurso, decisiones, prácticas actuales, resultados)

- ¿Cuál es el grado de implicación de los diferentes actores político-administrativos en su desarrollo? (alta, media, baja)

- ¿Cuál es el modelo de relación con el público que se adopta como referente para la innovación en la gestión de los servicios públicos? (consumidor-financiador, propietario-ciudadano)

Los resultados del análisis de los datos y las respuestas a las preguntas formuladas, permitirán la profundización en la reflexión en torno a la dirección de las innovaciones en la gestión de los servicios y las políticas públicas locales. De manera específica, en este ámbito se pretende dar continuidad a la temática de la primera dimensión, dando cuenta de la mayor o menor presencia concedida a la ciudadanía como referente de los cambios en la acción pública, considerando la relevancia de la legitimidad de sus resultados.

2.4. Tercera línea de investigación: élites políticas y liderazgo político local

El análisis de los datos obtenidos va a permitir acceder al nivel de análisis relativo a la élite política local. Sabemos

muy poco de quienes han conformado y forman hoy día este grupo de líderes. Pero sí sabemos que, como tales líderes urbanos, dan forma a las decisiones acordadas –son actores clave en los procesos de toma de decisiones– y, a su vez, están afectados por toda una serie de variables exógenas. Sin duda veremos una realidad caracterizada por la interdependencia entre las estructuras y reglas que establecen los ámbitos del liderazgo y la propia personalidad de nuestros líderes urbanos. Esto tiene una relación muy estrecha con los marcos organizativos y las reglas de funcionamiento dentro de los cuales operan los líderes locales. Y, finalmente, para poder completar la escena deberemos atender a los aspectos relacionados con el comportamiento político, los rasgos de su personalidad y las percepciones políticas de nuestra clase política local:

- ¿Cómo perciben nuestros políticos locales los problemas de sus municipios y cómo se orientan a la solución de los mismos?

La literatura más relevante sobre liderazgo pone un especial énfasis en la respuesta a este interrogante, como fuente de conocimiento para poder clasificar a los líderes de acuerdo con sus mapas cognitivos y sus percepciones políticas y predisposiciones para actuar.

2.5. Diseño de investigación: marco teórico y metodológico

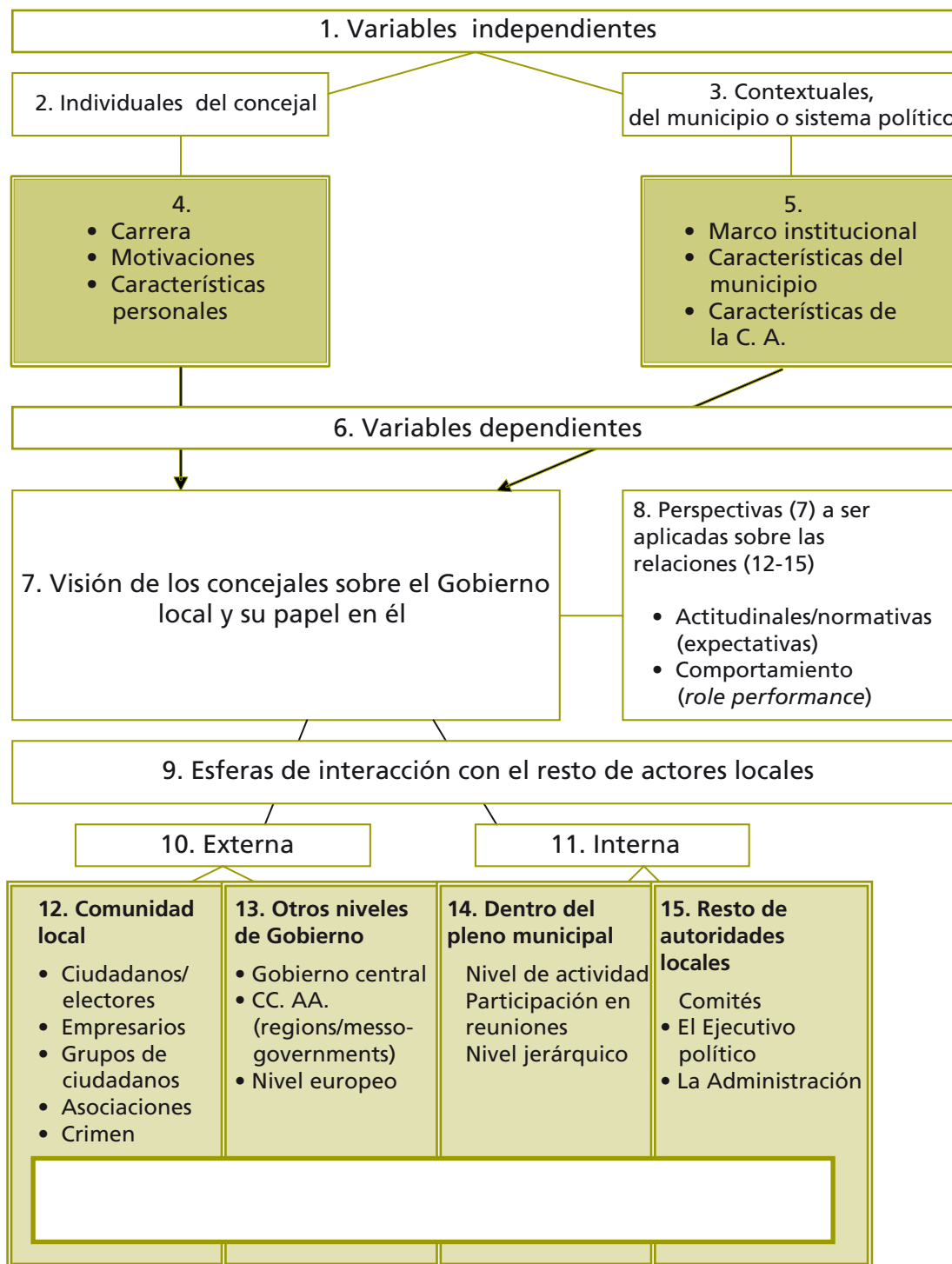
Para abordar las tres dimensiones de análisis arriba expuestas se han empleado varias técnicas de investigación, tanto cuantitativas como cualitativas. Sin embargo, el método fundamental de obtención de datos ha sido la aplicación de un cuestionario a los miembros de los consistorios municipales. En él se les preguntaba sobre la evolución de su carrera política, sus motivaciones para desempeñar el cargo, sus características sociodemográficas, actitudes, comportamiento en el ejercicio de sus funciones, percepciones sobre la estructura del Gobierno local, patrones de interacción con el resto de actores del Ayuntamiento, patrones de interacción con el resto de actores del municipio (ciudadanos, grupos, medios) y con el resto de niveles de Gobierno. En total, el cuestionario constaba de 307 variables de análisis.

La pregunta de investigación que nos hacíamos para guiarnos en la elaboración del cuestionario era: ¿cuál es el papel de los concejales en el Gobierno local y qué factores –individuales o contextuales– lo determinan? Para mayor clarificación reproducimos

más abajo el marco analítico para el estudio de los concejales (Figura 1). En el caso español, la hipótesis de partida es que los factores institucionales (en especial los referentes al marco institucional: entre otros

el modelo de alcalde fuerte) tienen un peso preponderante en las percepciones de los concejales sobre la maquinaria de Gobierno local y su comportamiento y papel en ella.

Figura 1. Marco analítico para el estudio de las visiones de los concejales sobre el funcionamiento del Gobierno local



Fuente: elaboración propia a partir del proyecto europeo MAELG (*Municipal Assemblies in European Local Governments*).

Los cuadros 4-5 y 12-15 contienen la lista de variables a ser operacionalizadas en las preguntas del cuestionario (o en algunos casos recogidas de otras fuentes). Las variables independientes (1) pueden ser divididas en individuales (2; 4) y contextuales (3; 5). La variable dependiente (7) es el papel de los concejales. Este "rol" o papel puede ser organizado en un número de esferas de interacción (9). Estas pueden ser consideradas desde dos perspectivas (8): una es actitudinal o normativa. La otra es de comportamiento (*behavioural*). Las esferas de interacción pueden ser subdivididas en interacciones externas (10) e interacciones internas (11). Se pueden continuar haciendo subdivisiones de las interacciones externas en "comunidad local" (12) y "otros niveles de Gobierno" (13). De la misma forma las interacciones internas pueden ser subdivididas en "dentro del pleno municipal" (14) y el "resto de autoridades locales" (15).

Teniendo presente este mapa de variables, el objetivo de este artículo es ofrecer una aproximación a las percepciones y visiones de los concejales españoles sobre algunos de sus aspectos clave. En particular, se muestran los primeros pasos del análisis del estudio: *Nuevos espacios para el análisis del liderazgo político en España. Estudio de los concejales españoles y su papel en la estructura de Gobierno local a treinta años de ayuntamientos democráticos*.² Cabe destacar que esta investigación posee un corpus que asciende a los 2.000 casos distribuidos en una muestra estadísticamente significativa de 96 municipios españoles de más de diez mil habitantes. La principal técnica de recogida de datos fue un cuestionario autocumplimentado por 504 concejales españoles. Por consiguiente, se puede decir que se dispone de más del 25% de la muestra de concejales inicialmente seleccionada, sin que se hayan detectado sesgos dentro de la misma, ni por razones de partido político, ni por comunidad geográfica. En definitiva, se trata de un trabajo empí-

rico sobre el que se ofrecerán datos estadísticos descriptivos.

Además de realizar una breve descripción de los líderes políticos en el ámbito local español, se elaboran algunas conclusiones tentativas sobre tres variables contextuales planteadas en el marco analítico. En primer lugar, a partir de la tipología sobre las formas de Gobierno local que desarrollan Mouritzen y Svava (2002), se analizan las percepciones de los concejales españoles en relación al concepto de "alcalde fuerte", que, según los autores, es la forma de gobierno típica de los países del Sur de Europa.

En segundo término, se examinan las visiones de la democracia local que poseen estos actores. Para ello se tienen en cuenta los cuatro modelos de democracia que propone Sweeting (Haus y Sweeting, 2006): representativa, participativa, de mercado y de redes. De esta forma, se intenta vislumbrar cuál de estos modelos predomina en las percepciones de los líderes políticos españoles.

En tercer lugar, se consideran las perspectivas que cuentan en referencia a los instrumentos de la NGP aplicados al entorno de las Administraciones locales. En este sentido, se atienden algunos de los componentes básicos de la NGP acerca de cómo gestionar los servicios públicos (Hood, 1991, 1996a, 1996b; Pollit, 1990): gestión directa profesional (*hands-on management*); estándares explícitos y medidas de rendimiento; énfasis en el control de los impactos (*outcomes*); colaboración público-privada y desagregación de unidades del sector público; introducción de competencia e instrumentos de mercado; acento en prácticas de gestión del sector privado. Todos ellos, de alguna manera, han estado presentes en el sector público español, si bien no con la misma intensidad, en gran medida por las dudas de los responsables políticos sobre la utilización de algunos de ellos.

2. Esta investigación se origina en un trabajo que desde hace 7 años desarrolla un equipo europeo, y cuya primera fase se centró en el análisis de la figura del alcalde. El análisis que se llevó a cabo partió del trabajo empírico realizado sobre los líderes políticos de ayuntamientos de 17 países de Europa a través de un cuestionario aplicado a los alcaldes y alcaldesas de ciudades europeas de más de 10.000 habitantes. Se enmarca en el proyecto: *Political Leaders in European Cities*, desarrollado en diecisiete países de toda Europa. Los países incluidos en el estudio fueron Austria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Reino Unido, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Holanda, Polonia, Portugal, España, Suecia y Suiza. Se obtuvieron datos que contienen respuestas de más de 2.700 líderes europeos. Para el caso español se obtuvieron 156 cuestionarios autocumplimentados de los 646 municipios de más de 10.000 habitantes, lo que representa un 24,1% de respuestas del universo total, que fue considerado como muestra representativa de la realidad española. En mayo de 2006 se publicó la primera monografía con los resultados de este estudio: H. BÄCK, H. HEINELT & A. MAGNIER (ed.), *The European Mayor: Political Leaders in the Changing Context of Local Democracy*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006. A ella le han seguido diferentes publicaciones, y en la actualidad se prepara una monografía sobre la figura del alcalde en el sistema de Gobierno local español.

3. Resultados sobre el estudio de los concejales españoles

Antes de considerar los resultados del estudio realizado en las tres dimensiones planteadas, este apartado pretende ofrecer una caracterización básica de los concejales en España. Según datos globales de los que disponemos en la actualidad, procedentes del Registro de Representantes Electos del Ministerio de Administraciones Públicas (Ministerio de Administración Territorial, 2008), en España el número de alcaldes ascendía a 8.112 y el de concejales se situaba en los 66.132, de los cuales el 31 por ciento eran mujeres.³ Con respecto a la edad de los ediles, el 51,48 por ciento tenía entre 26 y 45 años, mientras que el 42,47 por ciento tenía entre 46 y 65 años. En referencia a su formación, el 33,78 por ciento de los concejales posee un nivel educativo universitario, el 59,31 por ciento ha alcanzado un nivel educativo medio, y solo el 6,91 por ciento no ha completado su formación obligatoria. Por otra parte, la ocupación de la mayoría de los concejales, un 36,23 por ciento, corresponde al sector de servicios. El 19,25 por ciento trabaja en el sector público, mientras que un 12,02 por ciento se dedica al sector de la agricultura, un 10,50 por ciento son empresarios y un 14,80 por ciento no poseen ocupación alguna. Como se ha mencionado antes, los cuestionarios disponibles permiten contar con una muestra representativa de los concejales españoles, sin que se hayan identificado sesgos.

3.1. La noción de “alcalde fuerte” entre los concejales españoles

Después de ofrecer este panorama global de los concejales españoles y sus características generales, pasaremos a considerar los resultados preliminares de nuestro estudio. El primero de los temas en cuestión se refiere a la percepción que poseen los propios concejales sobre la forma de gobierno que predomina entre los municipios de España. En este sentido, tomaremos la tipología construida por Mouritzen y Svava (2002) sobre los cuatro tipos ideales de Gobierno local. Según su análisis, los municipios españoles se encuentran entre los Gobiernos de “alcalde fuerte” (*strong mayor*), así

como sucede en la mayor parte de los países del sur de Europa. Esta categoría del alcalde fuerte da cuenta de un tipo de Gobierno donde el poder reside en esta figura. El alcalde controla la mayoría en el pleno y posee la autonomía suficiente como para decidir en todas las cuestiones ejecutivas sin necesidad del consentimiento de otros actores. En esta forma de Gobierno local, el alcalde posee una fuerte orientación partidaria que le lleva a promover los intereses de su partido y su plataforma política (Mouritzen y Svava, 2002).

En relación con este concepto de alcalde fuerte es posible observar que las percepciones de los concejales españoles apuntan a sostener esta teoría, de manera bastante clara. En efecto, para el 95,5 por ciento de los ediles, el alcalde de su municipio tiene una alta o muy alta influencia en las actividades del Gobierno local, independientemente de los procedimientos formales (Tabla 2). Este aspecto resulta muy significativo sobre la percepción que tienen los concejales de sus jefes en el Gobierno local.

Tabla 2. Influencia del alcalde en las actividades del Gobierno local

	N	%
Sin influencia	2	0,4
Poca influencia	7	1,4
Alguna influencia	13	2,5
Alta influencia	99	19,4
Muy alta influencia	388	76,1
No es relevante	1	0,2
<i>Total</i>	510	100,0

Fuente: Elaboración propia, según datos de Proyecto I+D+i.

Esta tendencia se puede ver reforzada cuando se consulta a los concejales sobre cuáles son los actores capaces de influir en las decisiones del pleno. En este punto se preguntó de manera independiente por cada uno de los actores de las democracias locales (ver Tabla 3). Como se puede observar en la Tabla 3, el alcalde es el actor más señalado, con el 95,4 por ciento. A continuación aparecen los líderes de los grupos políticos municipales (82,4 por ciento) y los miembros de la Junta de Gobierno (70,7 por ciento). Muy por detrás se encuentran otros actores con potencial capacidad

3. Cabe destacar que esta investigación se realiza sobre municipios de más de 10 mil habitantes, dejando fuera a todos los que poseen una población inferior. Esto reducía el universo del estudio a un total de 650 municipios.

de influencia en este tipo de procesos de decisión. Los datos acentúan la correspondencia que existe entre el tipo de Gobierno de alcalde fuerte y los municipios españoles.

Tabla 3. Actores locales a quienes se debe considerar para tomar las decisiones del pleno

	N	%
A los líderes de los grupos políticos municipales	408	82,4
A los presidentes de una o varias comisiones municipales	157	33,0
Al alcalde	479	95,4
A los miembros de la Junta de Gobierno	342	70,7
A los directores/jefes de los departamentos municipales	212	44,4
A los técnicos o expertos municipales	274	56,1
Empresarios locales, propietarios de tiendas, etc.	159	33,7
A las asociaciones empresariales/cámaras de comercio locales	238	50,0
Miembros del Parlamento o ministros del municipio	113	24,6
Sindicatos locales	148	31,2
A los periodistas	174	36,4
A la Iglesia	28	6,0
Asociaciones (voluntarias) locales	190	40,1
A los grupos de interés locales	201	42,4
A órganos de gobierno autonómicos o estatales	185	39,0
Otros	45	13,1

Fuente: Elaboración propia, según datos de Proyecto I+D+i.

Otro elemento que apoya esta teoría surge de la opinión de los concejales sobre la posibilidad de establecer la elección directa del alcalde. En este sentido, la Tabla 4 muestra que un 85,7 por ciento de los ediles piensan que este tipo de mecanismo de elección es apropiado o muy apropiado, mientras que solo un

2,8 por ciento lo considera no apropiado o muy inapropiado. Esto daría lugar a una personalización de la política local en detrimento de los partidos políticos. En consecuencia, además de quitarle peso a una visión representativa de las democracias locales, tema que abordaremos más adelante, fortalecería enormemente al alcalde, al dotarle de una legitimidad diferente. Esta no sería la proveniente de un típico sistema parlamentario en el cual los votos de sus correligionarios y los posibles partidos en coalición le instalan como alcalde. Por el contrario, serían los votos directos del electorado los que le dejarían en condiciones de formar Gobierno, transformando a la democracia local en una posible competencia de personalidades y beneficiando a los que logren una mayor visibilidad política.

Tabla 4. Percepción de la necesidad de elección directa del alcalde

	N	%
Muy inapropiada	2	0,4
No apropiada	12	2,4
Indiferente	58	11,5
Apropiada	323	64,2
Muy apropiada	108	21,5
<i>Total</i>	503	100,0

Fuente: Elaboración propia, según datos de Proyecto I+D+i.

Algunos datos nos muestran la existencia de algunos elementos constrictores del poder del alcalde que hemos estado mencionando, tal y como lo exponen los concejales españoles. De esta forma, es preciso destacar que casi la totalidad de los concejales consideran que una de sus tareas más importantes es la de controlar la actividad municipal, y por consiguiente las acciones y decisiones del alcalde y su Junta de Gobierno (90,3 por ciento) (ver Tabla 5). Incluso cuando se les consulta por su contribución individual a esta tarea, un grupo muy significativo la considera alta o muy alta. Esto podría mostrar una posible tendencia de los concejales a intentar controlar el poder del Gobierno. Sin embargo, estos datos también podrían ser atribuidos simplemente a la mera sujeción a los principios de Gobierno representativo en un sentido formal, donde los diferentes poderes e instituciones de un Estado se controlan mutuamente en pos del bien común. Como se verá en el próximo apartado, los concejales se manifiestan muy a favor de apoyar al Ejecutivo de su

municipio, con lo cual no solo ponen en duda su capacidad de controlar u oponerse a su Gobierno, sino que refuerzan su visión de una democracia local de tipo representativo.

Tabla 5. Importancia concedida al control de la actividad municipal

	N	%
Ninguna	2	0,4
Poca	6	1,2
Moderada	41	8,1
Importante	202	39,9
Muy importante	255	50,4
<i>Total</i>	506	100,0

Fuente: Elaboración propia, según datos de Proyecto I+D+i.

Para finalizar este apartado, se exponen algunos datos que reflejan la importancia del apoyo al Gobierno municipal para los concejales. En este sentido, podemos decir que el 70,1 por ciento de los regidores consideran que el apoyo al Gobierno municipal es de un alto nivel de importancia (ver Tabla 6). De hecho, la mayoría de los concejales manifiestan que su contribución individual a esta tarea es elevada. En consecuencia, este apoyo al Gobierno, y casi por extensión al propio alcalde, terminaría de reforzar la afirmación que se planteó en principio respecto al tipo de Gobierno que predomina en los municipios del sur de Europa, que encabeza este apartado. Según la perspectiva de los concejales, existe una tendencia sólidamente pronunciada en pos de un Gobierno de alcalde fuerte en los municipios españoles de más de 10.000 habitantes.

Tabla 6. Importancia otorgada al refuerzo/apoyo del Gobierno municipal

	N	%
Ninguna	25	4,9
Poca	50	9,9
Moderada	76	15,0
Importante	154	30,4
Muy importante	201	39,7
<i>Total</i>	506	100

Fuente: Elaboración propia, según datos de Proyecto I+D+i.

3.2. Visiones de democracia local

Este segundo apartado ofrece los resultados relacionados con las percepciones sobre la democracia local con las que cuentan los concejales españoles. Según Haus y Sweeting (2006 y 2007), es posible construir una tipología de cuatro formas ideales de las democracias locales. Los autores sostienen que las categorías de dicha clasificación no son mutuamente excluyentes, sino que una democracia local puede tomar elementos de varias de ellas. No obstante, esta tipificación sirve para analizar las distintas combinaciones de características que reúne un Gobierno local y así detectar cuál forma predomina y en consecuencia qué tipo de gobernanza produce. Las cuatro formas de democracia son, a saber: representativa, participativa, de mercado (*market form*) y de redes (*network form*).

La forma de democracia representativa se sustenta en el principio de elección de representantes que posteriormente formarán parte de un cuerpo de representantes encargado de tomar y ejecutar las decisiones. Es importante destacar que estos representantes, una vez que han sido elegidos, poseen independencia de los electores. Esto quiere decir que dichos electores solo manifiestan su voluntad al votar, y al hacerlo delegan en esos representantes la competencia de tomar decisiones en nombre de todos los miembros de una comunidad política determinada. En este sistema se presupone que los diferentes intereses de una sociedad se encuentran representados en el mencionado cuerpo.

Por su parte, en la forma de democracia participativa los preceptos que la sostienen difieren de la anterior. En efecto, la interacción y la deliberación entre los ciudadanos son esenciales, ya que mediante esos procesos se conseguirán conocer las diferentes visiones y posturas sobre un tema. Su objetivo es alcanzar un consenso entre los distintos posicionamientos.

En el caso de la forma de democracia de mercado el supuesto inicial es la consideración del ciudadano como un consumidor, y que se comporta como tal en la búsqueda de un servicio público que satisfaga sus demandas. Así, los valores del sector privado como la competencia, el trato con el cliente, la demanda del consumidor y la calidad del servicio, entre otros, pasan a ocupar un lugar de importancia mayúscula.

Finalmente, la forma de democracia de redes pone el énfasis en el rol que juegan los distintos actores políticos, sociales y económicos que afectan a las instituciones de Gobierno. En este sentido, los actores y el Gobierno,

en tanto agentes interdependientes en una red, deben procurar el acuerdo de las decisiones y las políticas. Así, los intereses de los distintos sectores, mediante la acción de los actores electos y no electos de una sociedad determinada, son defendidos y negociados.

Mencionadas las cuatro formas de democracia representativa (Sweeting y Copus, 2009), pasaremos a continuación a delinear cuál o cuáles de estas visiones y cuáles de sus elementos son los que predominan en el ámbito local español. Hemos mencionado previamente que los concejales sostienen una visión de la democracia local que, en general, se puede considerar de tipo representativo. Aunque también es cierto que esta tendencia posee algunos matices que muestran la influencia de algunos elementos de las otras formas. En consecuencia se exponen en primer término los datos que configuran la visión predominante de los concejales consultados, y en segundo lugar se señalan las eventuales contradicciones y las posibles apariciones de elementos propios de otras concepciones de democracia local.

Para comenzar, la gran mayoría de los concejales opinan que las elecciones son un mecanismo efectivo o muy efectivo a la hora de conocer la opinión pública. Esta dimensión representativa apoya la visión de que el votante manifiesta su voluntad cuando emite su sufragio, y en consecuencia, al ser un mecanismo tan efectivo, ya no es necesaria su participación en la toma de decisiones a través de otras fórmulas, especialmente las que se celebran entre los comicios electorales. En este sentido, el 86,6 por ciento de los regidores locales considera efectivas o muy efectivas las elecciones (ver Tabla 7). Si a lo anterior le agregamos que los concejales creen que en su labor es importante o muy importante desarrollar el programa político de su partido, podemos considerar que la tendencia hacia una democracia local más representativa es muy clara.

Tabla 7. Nivel de efectividad de las elecciones para conocer las opiniones de los ciudadanos

	N	%
No efectivo	1	0,2
Insuficiente	18	3,6
Moderadamente efectivo	49	9,7
Efectivo	165	32,7
Muy efectivo	272	53,9
<i>Total</i>	505	100

Fuente: Elaboración propia, según datos de Proyecto I+D+i.

En congruencia con esta visión de la representación en la democracia local, los concejales siguen a su grupo político en situaciones controvertidas. En efecto, los regidores manifiestan que ante la existencia de un conflicto entre sus propias opiniones como concejal, de su grupo político y de los ciudadanos, se debe votar según la decisión del grupo político. El 55,7 por ciento de los concejales apoya esta orientación del voto en estos casos, mientras que solo un 12,7 por ciento optaría por votar de acuerdo con la opinión de los votantes (Ver Tabla 8).

Tabla 8. Opinión a considerar en una votación en caso de conflicto

	N	%
Votar de acuerdo con su convicción	157	31,6
Votar de acuerdo con la opinión de su grupo político	277	55,7
Votar de acuerdo con la opinión de los votantes	63	12,7
<i>Total</i>	497	100,0

Fuente: Elaboración propia, según datos de Proyecto I+D+i.

Pese a lo que hemos formulado anteriormente, resulta posible localizar algunos elementos propios de una visión participativa de la democracia local en las opiniones de los regidores. Por un lado, el 81,0 por ciento considera que tiene mucha o extrema importancia el hecho de que los vecinos tengan la posibilidad de dar a conocer sus opiniones antes de que los representantes tomen decisiones importantes (ver Tabla 9, columna 1). En segundo término, el 63,6 por ciento afirma que es de mucha o extrema importancia que los vecinos participen activa y directamente en la toma de decisiones importantes (ver Tabla 9, columna 2). En resumen, los ciudadanos deben formar parte del proceso de toma de decisiones de peso, de manera que, en esa línea, se observa que numerosos concejales sostienen que es apropiado o muy apropiado implementar procedimientos de codecisión, mediante los cuales los ciudadanos puedan debatir y tomar decisiones vinculantes.

Tabla 9. Importancia de las ideas sobre el funcionamiento de la democracia local

	<i>Los vecinos deberían tener la posibilidad de dar a conocer sus opiniones antes de que se tomen las decisiones importantes por los representantes municipales</i>		<i>Los vecinos deberían participar activa y directamente en la toma de decisiones importantes para el municipio</i>	
	N	%	N	%
Nula	1	0,2	3	0,6
Escasa	12	2,4	30	6,0
Moderada	83	16,5	149	29,8
Mucha	291	57,9	220	44,0
Extrema	116	23,1	98	19,6
Total	503	100	500	100

Fuente: Elaboración propia, según datos de Proyecto I+D+i.

Las contradicciones entre estos elementos de la democracia de tipo participativo y los previamente enumerados de la democracia representativa son evidentes. Ahora bien, debemos señalar un detalle interesante que se relaciona con este tipo de respuestas de corte participativo. Cada vez que en las respuestas se pueden percibir características de la democracia participativa, es posible localizar en la formulación de la pregunta el concepto de democracia "local". En otras palabras, cuando el concejal debe referirse a temas explícitamente relacionados con "lo local", pareciera ser más favorable a brindar respuestas que enaltezcan la participación ciudadana como un elemento indispensable. Es posible que este comportamiento se deba a que se encuentra muy expandida la idea de utilizar el concepto de participación como parte de un discurso político de tipo plural y amplio. En este sentido lo que se intenta es reducir el desencanto ciudadano por la política y los políticos, incorporándolo al proceso de políticas (*policy-making*).

Con respecto a las otras dos visiones de democracia, la de mercado y la de redes, los concejales dan cuenta de algunas de sus características, pero no muestran una gran necesidad de volcarse hacia ninguno de esos dos modelos. En referencia a la "visión de democracia local de mercado", se puede observar una tendencia

a aceptar la incorporación de elementos propios de esa lógica, si bien solo en cierto sentido. En efecto, para conocer la opinión de los ciudadanos sobre los servicios públicos, la mayoría de los ediles consideran como efectivos o muy efectivos instrumentos como las encuestas de calidad (69,5 por ciento) y las hojas de reclamaciones (60,5 por ciento) (ver Tabla 10). En suma, los concejales valoran positivamente la incorporación de elementos propios de un tipo de democracia de mercado cuando dichos instrumentos o acciones están referidos a la prestación de servicios públicos. En contraposición, no se hacen referencias importantes sobre utilizar estas técnicas en las actividades estrictamente políticas, como por ejemplo en la valoración de la labor del propio concejal o de las actividades del pleno.

Tabla 10. Efectividad de los instrumentos para conocer la opinión de los ciudadanos

	Encuestas de calidad		Hojas de reclamaciones o quejas	
	N	%	N	%
No efectivo	9	1,8	1	0,2
Insuficiente	27	5,4	31	6,2
Moderadamente efectivo	116	23,2	166	33,1
Efectivo	263	52,7	231	46,1
Muy efectivo	84	16,8	72	14,4
Total	499	100	501	100

Fuente: Elaboración propia, según datos de Proyecto I+D+i.

Para finalizar, se manifiestan entre las opiniones de los concejales algunas particularidades propias de la forma de democracia de redes. Por un lado, un notable porcentaje de los regidores están de acuerdo o muy de acuerdo con la siguiente afirmación (68,8 por ciento): "las decisiones políticas no deberían tomarse solo por los órganos representativos y sí ser negociadas con los actores locales implicados en cada tema" (ver Tabla 11). Esto quiere decir que existe una tendencia a favor de negociar e incorporar a diferentes actores electos y no electos a la discusión. Por otro lado, también existe un notable porcentaje de los ediles que consideran como un instrumento efectivo para conocer la opinión de los ciudadanos las consultas a los organismos y empresas locales. Por tanto, se observa nuevamente un interés por fomentar ese diálogo con los actores de las redes

locales. Sin embargo, si se pretende avanzar en este camino de la incorporación de actores a las discusiones de trascendencia, los concejales se muestran más reacios. En efecto, cuando se les consulta por la posibilidad de trasladar responsabilidades a actores como las asociaciones de vecinos, entre otros, las opiniones son dispares.

Tabla 11. Opinión sobre la incorporación de redes de actores en los procesos decisionales

	N	%
Nada de acuerdo	5	1,0
En desacuerdo	57	11,4
Ni en desacuerdo ni de acuerdo	94	18,8
De acuerdo	261	52,2
Muy de acuerdo	83	16,6
<i>Total</i>	500	100,0

Fuente: Elaboración propia, según datos de Proyecto I+D+i.

A modo de conclusión, es posible afirmar que los concejales españoles tienen una fuerte visión de la democracia local en su forma representativa. No obstante, distintos elementos de las formas participativa, de mercado y de redes son aceptados por los regidores y considerados aportes positivos. Aunque se trata de consideraciones que requieren una atención más detallada para detectar toda la gama de matices posible, resulta importante el hecho de caracterizar por vez primera estas diferentes vertientes de un fenómeno tan poco explorado en el caso de los concejales españoles.

3.3. Percepciones sobre los instrumentos de la nueva gestión pública

Por otro lado, los concejales muestran diferentes aproximaciones acerca de las herramientas principales de la nueva gestión pública (NGP). Durante los últimos años, diversos autores han identificado una notable difusión de los instrumentos de la NGP dentro del sector público a nivel internacional (Barzelay, 2001; Hughes, 2003), en el caso español (Kickert, 2007; Torres y Pina, 2004), así como desde una perspectiva local (Moon y Norris, 2005; Schedler, 2003; Young, 1996). Sin embargo, poco se sabe acerca de las preferencias de los concejales españoles sobre este tipo de planteamientos. En tanto que responsables de importantes áreas de la gestión

pública municipal, resulta relevante la percepción de los concejales acerca de los componentes básicos de la NGP. En concreto, se podría decir que la mayoría de las Administraciones locales han introducido ideas básicas de la NGP en su actividad corriente (Ramió, 2001). En cualquier caso, parece necesario conocer si ese proceso se ha realizado teniendo en cuenta un apoyo explícito de los concejales o bien se ha hecho de una manera acrítica. En todo caso, es importante conocer algunas de sus percepciones en torno a los mecanismos de la NGP, sobre todo la colaboración público-privada y desagregación de unidades del sector público; la introducción de competencia e instrumentos de mercado; y el acento en prácticas de gestión del sector privado.

De entrada, no parece claro que los concejales muestren una perspectiva proclive a la necesidad de transformaciones de calado en los Gobiernos locales. En este plano, solo un poco más de un tercio (31,5%) es proclive a considerar que no es exagerada la difusión de la necesidad de establecer cambios y/o reorganización en los Gobiernos municipales (ver Tabla 12). Si bien es un porcentaje mayor que el de los que opinan en sentido inverso, no se trata de una diferencia concluyente y, por tanto, parecería no ofrecer una evidente inclinación hacia una perspectiva innovadora sobre la necesidad de reformas de calado en el sector público local.

Tabla 12. Opinión sobre la falta de necesidad de cambio general en el sector público local

	N	%
Nada de acuerdo	33	6,6
En desacuerdo	124	24,9
Ni en desacuerdo ni de acuerdo	209	42,1
De acuerdo	113	22,7
Muy de acuerdo	18	3,6
<i>Total</i>	497	100

Fuente: Elaboración propia, según datos de Proyecto I+D+i.

Por otra parte, la percepción de los concejales en torno a la colaboración público-privada en la resolución de problemas es otro aspecto de interés. La Tabla 13 muestra que, de manera mayoritaria, aunque no extrema, los concejales perciben esa opción de colaboración como algo positivo (43,2 por ciento). Este aspecto enlaza con algunos de los planteamientos realizados en torno a las visiones sobre la democracia planteados

en el apartado anterior, de la misma manera que se aproxima a una realidad local española en la que esas redes de colaboración se han extendido de una manera apreciable, aunque todavía de forma emergente.

Tabla 13. Percepción sobre los partenariados público-privados en la gestión de los servicios públicos locales

	N	%
Nada de acuerdo	36	7,2
En desacuerdo	117	23,4
Ni en desacuerdo ni de acuerdo	131	26,2
De acuerdo	167	33,4
Muy de acuerdo	49	9,8
<i>Total</i>	500	100,0

Fuente: Elaboración propia, según datos de Proyecto I+D+i.

En este mismo plano, la incorporación de mecanismos para mejorar la competencia y de mercado en la prestación de servicios públicos es otra cuestión analizada. En particular, aquí se observa una posición mayoritariamente favorable a este tipo de herramientas de la NGP, lo que apunta en la dirección de la percepción de necesidad de transformación de la gestión de los servicios públicos locales de una manera más concreta (ver Tabla 14). De hecho, en este punto concreto es donde se encuentra una visión más compartida entre los concejales españoles, en la medida en que los datos apoyan de una forma amplia (de acuerdo o muy de acuerdo, el 54,5 por ciento) la preferencia por la introducción de competencia para mejorar la provisión de servicios públicos.

Tabla 14. Percepción sobre la introducción de competencia en la gestión de los servicios públicos locales

	N	%
Nada de acuerdo	16	3,2
En desacuerdo	65	13,1
Ni en desacuerdo ni de acuerdo	145	29,2
De acuerdo	232	46,7
Muy de acuerdo	39	7,8
<i>Total</i>	497	100,0

Fuente: Elaboración propia, según datos de Proyecto I+D+i.

Finalmente, se analiza una última variable relacionada con uno de los aspectos más radicales y extremos entre las propuestas realizadas por la NGP. En concreto, la Tabla 15 muestra los resultados de la opinión de los concejales en torno a la externalización o privatización de los servicios públicos para mejorar su rendimiento. Aquí se observa que los concejales no dejan de considerar la existencia de ventajas en los procesos de externalización o privatización de los servicios públicos, aunque no sea de una forma contundente (43,2 por ciento). En este sentido, ello se corresponde con un proceso bastante generalizado de utilización de este tipo de mecanismos de la NGP dentro del ámbito local.

Tabla 15. Opinión sobre la existencia de pocos beneficios de la externalización o privatización de los servicios públicos locales

	N	%
Nada de acuerdo	34	6,8
En desacuerdo	182	36,4
Ni en desacuerdo ni de acuerdo	134	26,8
De acuerdo	91	18,2
Muy de acuerdo	59	11,8
<i>Total</i>	500	100,0

Fuente: Elaboración propia, según datos de Proyecto I+D+i.

En suma, estas percepciones de los concejales españoles ponen de relieve el alcance del apoyo a herramientas de la NGP en el ámbito local español por parte de una buena parte de sus máximos responsables políticos. Los datos expuestos concluyen la existencia de una cierta posición favorable a la utilización de mecanismos de mejora de la gestión, teniendo en cuenta que no es abrumadora la percepción de necesidad de reforma del sector público local. De hecho, la externalización o privatización, así como los partenariados público-privados, no se llegan a considerar de una forma muy notoria entre las actuaciones preferidas por los concejales dentro de este ámbito. Este aspecto pone también de relieve algunos de los límites que se observan acerca de esta cuestión, y algunos de los constreñimientos que este tipo de actuaciones han vivido en el sector público español.

4. Conclusiones

Las primeras conclusiones que hemos desarrollado mediante el análisis inicial de nuestros datos nos aportan algunos indicios sobre el papel de los concejales españoles. Hasta aquí hemos profundizado solo en tres ámbitos (o variables) contextuales que plantea el estudio. Por un lado, se han considerado los datos referidos a la percepción de los concejales sobre el tipo de Gobierno local de sus municipios. En este plano, la gran mayoría indica la existencia del Gobierno de "alcalde fuerte", en el cual el alcalde ejerce un gran poder de influencia sobre el pleno y las distintas actividades municipales. En segundo lugar, se han observado las preferencias de los regidores sobre el tipo de democracia que consideran positivo para su municipio. Los elementos de una democracia de tipo representativo son los predominantes, aunque también sobresalen algunas particularidades de las formas participativa, de mercado y de redes. En tercer término, se han considerado las opiniones de los concejales acerca de algunos de los componentes de la NGP. En este apartado, se prefieren algunos de los aspectos más "blandos", mientras se rechaza de una manera más amplia actuaciones radicales en línea con la externalización y privatización de esferas de la gestión pública local.

El presente artículo representa un avance en la investigación sobre los concejales españoles de las ciudades de más de 10.000 habitantes. Aquí nos hemos ocupado de dar los primeros pasos hacia un análisis en profundidad de esta institución del Gobierno local que ha sido tan poco estudiada, sobre todo en los países del sur de Europa. El siguiente objetivo es continuar con esta línea y seguir generando conocimiento sobre estos actores que cada vez poseen una importancia mayor en las democracias actuales. En particular, la investigación futura se debería centrar, por un lado, en desarrollar con mayor intensidad el estudio de las diferentes dimensiones abordadas en este trabajo, mediante análisis estadísticos más depurados y complejos. Por otro lado, y en la medida en que forma parte de un proyecto europeo, se pondrán en relación estas conclusiones con los resultados en otros contextos nacionales. Especialmente, aunque no de manera exclusiva, con aquellos países del sur europeo que comparten rasgos institucionales y de funcionamiento con el caso español, y pueden por ello ofrecer un mejor espacio para el contraste y el análisis comparado.

5. Bibliografía

ALBA, C. y NAVARRO, C. (2003), "Twenty five years of democratic local government in Spain", en KERSTING, N. y VETTER, A. (ed.), *Reforming Local Government in Europe: Closing the Gap between Democracy and Efficiency?*, Opladen, Leske + Budrich, p. 197-220.

BARZELAY, M. (2001), *The New Public Management. Improving Research and Policy Dialogue*, Berkeley, University of California Press.

BRUGUÉ, Q. y VALLÉS, J. (2005), "New-Style Councils, New-Style Councillors: From Local Government to Local Governance", en *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol. 18, núm. 2, p. 197-226.

DENTERS, B., VAN HEFFEN, O., HUISMAN, J. y KLOK, P. (2003), *The rise of interactive governance and quasi markets*, Dordrecht, Kluwer.

HAMBLETON, R., SAVITCH, H. y Stewart, M. (ed.) (2002), *Globalism and local democracy*, London, Palgrave MacMillan.

HESSE, J. J. y SHARPE, L. J. (ed.) (1991), *Local Government and Urban Affairs in International Perspective. Analyses of Twenty Western Industrialized Countries*, Baden-Baden, Nomos.

HAUS, M. y SWEETING, D. (2006), "Local Democracy and Political Leadership: drawing a Map", en *Political Studies*, núm. 54, p. 267-288.

HOOD, C. (1991), "A Public Management for All Seasons?", en *Public Administration*, núm. 69(1), p. 3-19.

HOOD, C. (1996), "Racionalismo Económico en la Gestión Pública: ¿De la Administración Pública Progresiva a la Nueva Gestión Pública?", en BRUGUÉ, Q y SUBIRATS, J. (ed.), *Lecturas de Gestión Pública*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas-Boletín Oficial del Estado, p. 469-490.

HOOD, C. (1996), "Exploring Variations in Public Management Reform of the 1980s", en BEKKE, H., PERRY, J. y TOONEN, T. (ed.), *Civil Service Systems on Comparative Perspective*, Bloomington, Indiana University Press, p. 268-287.

HUGHES, O. (2003), *Public Management and Administration* (3.ª ed.), London, Palgrave Macmillan.

JOHN, P. (2001), *Local Governance in Western Europe*, London, Sage.

KLAUSEN, K. y MAGNIER, A. (1998), *The Anonymous Leader. Appointed CEOs in Western Local Government*, Odense, Odense University Press.

KICKERT, W. J. M. (2007), "Public Management Reform in Countries with a Napoleonic State Model: France, Italy and Spain", en POLLIT, C., VAN THIEL, S. y HOMBURG, V. (ed.), *The New Public Management in Europe: Adaptation and Alternatives*, Houndmills, Palgrave Macmillan, p. 26-51.

LE GALÉS, P. (2002), *European Cities. Social Conflicts and Governance*, Oxford, Oxford University Press.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL (2008), *Registro de alcaldes*.

MOON, M. J. y NORRIS, D. F. (2005), "Does Managerial Orientation Matter? The Adoption of Reinventing Government and e-Government at the Municipal Level", en *Information Systems Journal*, núm. 15(1), p. 43-60.

MOURITZEN, P. y SVARA, J. (2002), *Leadership at the Apex: Politicians and Administrators in Western Local Government*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press.

PAGE, E. y GOLDSMITH, M. (1987), *Central and Local Government Relations*, Beverly Hills.

POLLIT, C. (1990), *Managerialism and the Public Services: the Anglo-American Experience*, Oxford, Blackwell.

RAMIÓ, C. (2000), "Algunos Problemas de las Estrategias de Mejora de la Calidad de los Servicios Públicos. La Externalización de Servicios Públicos y Corrientes Neoempresariales", en *Prospectiva*, núm. 17, p. 9-17.

RAMIÓ, C. (2001), "Los Problemas de la Implantación de la Nueva Gestión Pública en las Administraciones Públicas Latinas: Modelo de Estado y Cultura Institucional", en *Reforma y Democracia*, núm. 21.

SCHEDLER, K. (2003), "Local and Regional Public Management Reforms in Switzerland", en *Public Administration*, núm. 81(2), p. 325-344.

STOKER, G. (1998), "Governance as theory: five propositions", en *International Social Science Journal*, núm. 155, p. 17-38.

TORRES, L. y PINA, V. (2004), "Reshaping Public Administration: the Spanish Experience Compared to the UK", en *Public Administration*, núm. 82(2), p. 445-464.

YOUNG, K. (1996), "Reinventing Local Government? Some Evidence Assessed", en *Public Administration*, núm. 74(3), p. 347-367. ■

La definición del consorcio local como entidad local en la legislación autonómica*

Francisco Toscano Gil

Profesor ayudante doctor de Derecho Administrativo
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

1. Introducción
2. La naturaleza jurídica del consorcio local
3. El debate acerca de la concepción del consorcio local como entidad local
4. La configuración del consorcio local como entidad local por el legislador autonómico

Resumen

Este trabajo analiza la figura del consorcio local en el ordenamiento jurídico español, que no lo define necesariamente como una entidad local. La ausencia de tipificación del consorcio local como entidad local en la Ley 7/85 ha situado a esta figura en un plano de indefinición legal, que, aunque ha tenido sus ventajas, también ha generado problemas. En este estudio se establecen criterios para determinar la naturaleza jurídica del consorcio local, y se defiende la posibilidad de que el legislador autonómico defina a este como entidad local, tal y como ya se ha hecho en Galicia, Baleares, y, más recientemente, Andalucía.

Palabras clave: *consorcio local; entidad local; legislación autonómica; Comunidad Autónoma.*

Abstract

This paper analyzes the figure of the local consortium in the Spanish legal system, not necessarily defined as a local entity. The lack of definition of the local consortium as a local entity in the Law 7/85 has placed this figure at a level of legal uncertainty, which, although it has had its own advantages, has also created many problems. In this study, we try to provide criteria to determine the legal nature of the local consortium, and defends the possibility that the regional law maker defines the local consortium as a local entity, as it has been done in Galicia, the Balearic Islands and, more recently, Andalusia.

Keywords: local consortium; local authority; regional legislation; Regional Government.

1. Introducción

En el año 1985, con la aprobación de la Ley reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LBRL), se

estableció la tipificación legal de las entidades locales en el ordenamiento jurídico español postconstitucional.¹ Entre los diversos tipos de entidades locales contemplados por esta Ley en su artículo 3 no se incluyó

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2009-14265-C02-01, cuyo investigador principal es el Dr. Alfredo Galán Galán.

1. Esta tipificación de entidades locales viene a sustituir a la que se hacía en el texto refundido de la Ley de régimen local de 1955 (artículos 1 y 10).

al consorcio local, institución que respondía a una realidad preconstitucional a la que la nueva Ley no da la espalda, puesto que la regula en sus artículos 57 y 87, aunque sin definirla como un ente local.

Desde entonces no han faltado las ocasiones en las que la doctrina especializada ha discutido sobre la naturaleza jurídica de esta figura en el marco legal vigente, enfrentándose las posturas acerca de si el consorcio local podía seguir considerándose como una entidad local en el Derecho español. También los tribunales españoles han tenido ocasión de pronunciarse al respecto, lo que ha permitido a nuestro Tribunal Supremo sentar algunos criterios. Finalmente, han sido los legisladores autonómicos competentes en materia de régimen local los que han terminado por reconocer la posibilidad de definir al consorcio local como ente local, cosa que han hecho las asambleas legislativas gallega, balear, y, más recientemente, andaluza.

En este trabajo se pretende dar cuenta de esta evolución. Para ello, hemos de partir del origen de esta institución en el ordenamiento español de mediados del siglo pasado, y analizar su regulación postconstitucional en la LBRL, apuntando las razones que han justificado las dudas sobre su naturaleza jurídica, así como la polémica resultante. En este punto, habremos de exponer las principales contribuciones doctrinales y jurisprudenciales a la resolución de esta polémica. Es importante señalar la existencia de problemas, aunque también ventajas, derivados de su indefinición legal. Terminaremos con el análisis de los textos legales que han optado por configurar de manera meridiana al consorcio local como una entidad local en algunos ordenamientos autonómicos, culminando en cierta medida el proceso de definición de esta figura en el Derecho español.

2. La naturaleza jurídica del consorcio local

La aparición del consorcio local en nuestro Derecho, en la formulación más parecida a la que hoy se encuentra en vigor, se produce con el Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las corporaciones locales (en adelante, RSCL), artículos 37 a 40, todavía vigentes.² Es cierto que con anterioridad a esta fecha pueden encontrarse ya algunas referencias normativas al consorcio,³ pero también es verdad que la figura no se regularía con carácter general hasta el RSCL.⁴ Como ha apuntado la profesora Nieto Garrido, el consorcio como figura unitaria, con caracteres que permitieran distinguirlo del resto de formas asociativas, era desconocido en nuestro país hasta entonces.⁵

De esta primera regulación nos interesa destacar el artículo 37.2 del RSCL, en cuanto define al consorcio como una figura asociativa, al afirmar su "carácter voluntario", y atribuirle "personalidad para el cumplimiento de sus fines". Puede notarse que el consorcio local nace como una entidad, esto es, un sujeto de Derecho, centro de imputación de relaciones jurídicas, desde el momento en que nuestro ordenamiento decide dotarle de personalidad jurídica.⁶

Por otro lado, el consorcio, como ente asociativo,⁷ es fruto de un pacto entre "entidades públicas de diferente orden",⁸ entre las que se encuentran en todo caso "las corporaciones locales", lo que resulta de la dicción del artículo 37.1 RSCL. El consorcio local es una asociación de municipios, integrada no solo por municipios, como la mancomunidad, sino también por entidades públicas de otra naturaleza.⁹ Ya desde esta primera formulación puede sostenerse que la persona-

2. Para MARTÍN MATEO el régimen jurídico del consorcio local apenas ha variado en lo sustancial desde que se aprobara la regulación del RSCL. Cfr. MARTÍN MATEO, R., "Los consorcios locales. Una institución en auge", *Revista de Administración Pública*, núm. 129, 1992, p. 8. En la misma línea de opinión, puede verse NIETO GARRIDO, E., "El consorcio como instrumento de cooperación administrativa", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 270, 1996, p. 328.

3. En el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales de 17 de mayo de 1952 (artículos 172-20 y 248), y en el Reglamento de funcionarios de Administración local de 30 de mayo de 1952.

4. Con anterioridad a la aprobación del RSCL en 1955, solo cabe referir posibles antecedentes de la institución consorcial, que han sido analizados, entre otros, en LÓPEZ PELLICER, J. A., *El consorcio urbanístico*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1984, p. 63-66; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., *Los consorcios en el Derecho español (análisis de su naturaleza jurídica)*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1974, p. 513-545.

5. Cfr. NIETO GARRIDO, E., *El consorcio administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 32.

6. En este sentido, vid. ALBI CHOLVI, F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 497; NIETO GARRIDO, E., *El consorcio administrativo*, op. cit., p. 41-42.

7. Vid. MARTÍN MATEO, R., "El consorcio como institución jurídica", *Revista de Administración Pública*, núm. 61, 1970, p. 41.

8. La esencialidad de esta nota característica ha sido subrayada en MARTÍN MATEO, R., *Los consorcios locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970, p. 41.

9. Al respecto, véase BARRERO RODRÍGUEZ, C., "Los conceptos de mancomunidades y consorcios: necesidad de delimitación y diferenciaciones", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 45, 2002.

lidad del consorcio es de naturaleza jurídico-pública, es una Administración Pública puesto que su constitución resulta de la asociación de entidades públicas. Como ha sostenido el profesor García de Enterría, “al adoptar la condición de miembros del ente verdaderas Administraciones Públicas, el ente como tal asume indudablemente ese carácter en su plenitud”.¹⁰

La lectura del artículo 37.1 RSCL debe completarse con la norma donde se dispone que el consorcio se constituye “para instalar o gestionar servicios de interés local”. De esta forma, si a su naturaleza de entidad asociativa de entidades públicas de diferente orden añadimos esta finalidad de carácter indudablemente público, tenemos la configuración del consorcio local como fórmula organizativa de cooperación interadministrativa. Es cierto que esta no es la concepción predominante en el RSCL, más atento a organizar la gestión del servicio público, siendo en el año 1955 el modelo de relaciones interadministrativas muy diferente al que habría de determinar la Constitución de 1978. No obstante, como antecedente de lo que habría de venir, tampoco debe desdeñarse.

Con todo, no es esto lo que más nos interesa destacar ahora del artículo 37.1 RSCL, puesto que nos parece más importante, por el discurso que estamos siguiendo, subrayar la sujeción del consorcio a fines de interés local, en la medida en que nos permite apuntar que esta primera construcción normativa del consorcio en nuestro Derecho se encuentra estrechamente ligada al ordenamiento jurídico local.¹¹

De esta forma puede ya decirse que el consorcio nace en nuestro Derecho como una entidad local, entendiéndose por tal aquella entidad que se sitúa en la esfera propia del ordenamiento jurídico local. Con este carácter se va a mantener el consorcio en sus regulaciones posteriores,¹² incluyendo también a la LBRL de 1985, que, en sus artículos 57 y 87, contiene la normativa que, con carácter básico y rango de ley, aprueba el

Estado para esta figura con posterioridad a la Constitución Española de 1978.

El problema es que la LBRL de 1985 no define expresamente al consorcio local como una entidad local, excluyéndolo incluso de la tipificación de entidades locales que realiza en su artículo 3. Esto ha llevado a un sector de nuestra doctrina a considerar que el consorcio local no es un ente local en la LBRL. Más adelante daremos cuenta de este debate doctrinal, puesto que ahora lo que nos interesa es destacar que, en cualquier caso, de lo que no cabe dudar es de la naturaleza jurídica local del consorcio local en la LBRL. No se entendería de otra forma su regulación por esta Ley.

Por lo demás, debe decirse que el consorcio local mantiene en la LBRL las características propias de esta figura en el RSCL, con alguna novedad que, por su relevancia, hemos de apuntar acto seguido.

En primer lugar, la heterogeneidad en la composición del consorcio no va referida ya solo a la posibilidad de integrar este por Administraciones Públicas de diverso orden, puesto que el artículo 87.1 de esta Ley permite que también formen parte del mismo “entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones Públicas”.

En segundo lugar, la configuración del consorcio como técnica de cooperación interadministrativa cobra todo su sentido bajo el nuevo orden constitucional, como puede entenderse al ver que el primero de los preceptos que regulan esta figura en la LBRL, el 57, forma parte de un capítulo dedicado a las relaciones interadministrativas.¹³ Pero en esta nueva regulación los fines de esta cooperación aparecen formulados en términos más amplios, o abiertos, si se quiere, abandonándose la concepción estrictamente servicial del RSCL. La cooperación a la que sirve el consorcio local puede articularse para atender tanto a “servicios loca-

10. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo I*, 14.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 404.

11. Vid. MARTÍN MATEO, R., “El consorcio como institución jurídica”, *op. cit.*, p. 4.

12. Con posterioridad al RSCL y antes de la actual LBRL, deben destacarse las siguientes normas: Decreto ley 13/1970, de 12 de noviembre, sobre beneficios fiscales de los consorcios de los que formen parte las corporaciones locales; Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de bases del Estatuto de régimen local (Base núm. 39, párrafo cuatro); Real decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, por el que se ponen en vigor las disposiciones de la Ley 41/1975, de bases del Estatuto de régimen local, relativas a ingresos de las corporaciones locales, y se dictan normas provisionales para su aplicación (artículo 129); Real decreto 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/1975, de bases del Estatuto de régimen local, en lo relativo a los funcionarios públicos locales y otros extremos (artículo 107).

13. Vid. RIVERO YSERN, J. L., “La cooperación interadministrativa local”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 46, 2002, p. 60 y ss.

les” como a “asuntos de interés común” (artículo 57 LBRL), así como para “fines de interés común” o de “interés público” (artículo 87.1 LBRL).

La naturaleza jurídica local del consorcio en Derecho español deja de ser una característica propia de este en el año 1992, con la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), que, manteniendo en lo esencial el carácter del consorcio como técnica de cooperación organizativa entre Administraciones Públicas para la gestión de un asunto público del interés común de estas, lo deslocaliza, expresión esta con la que la doctrina ha venido a referirse a la operación consistente en sacar al consorcio del mundo local. De esta forma, a partir de ese momento, puede decirse que se pone término a la consideración del consorcio única y exclusivamente como consorcio local, convirtiéndolo en un recurso utilizable en otros ordenamientos, como el autonómico y el estatal.¹⁴

El artículo 6.5 de la LRJPAC, en el contexto de la regulación de los convenios entre la Administración estatal y la Administración autonómica, dispone que “cuando la gestión del convenio haga necesario crear una organización común, esta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica”. Como lo que se regula en este precepto son los convenios interadministrativos entre Estado y comunidades autónomas, sin la intervención, en principio, de las entidades locales, debe concluirse que estos consorcios a los que se refiere el artículo 6.5 de la LRJPAC no son los consorcios locales. Son otra cosa distinta, en cuanto vienen a situarse fuera de la órbita jurídica local, tanto por lo que hace a los sujetos que los integran como por su régimen jurídico.

De esta manera, podemos concebir al consorcio administrativo como una institución no necesariamen-

te coincidente con la del consorcio local. Su régimen jurídico básico vendría establecido en el artículo 6.5 de la LRJPAC, que debe completarse, en su caso, con las normas autonómicas de desarrollo. Al consorcio local, como consorcio administrativo, solo se le aplicaría esta norma de la LRJPAC con carácter supletorio, debiendo estarse a la LBRL como norma básica por la que el consorcio local debe regirse, habida cuenta de su naturaleza jurídica local, siéndole también de aplicación el resto del ordenamiento jurídico local.

Esta interpretación que aquí hacemos es la que resulta del artículo 9 de la LRJPAC, según el cual, “las relaciones entre la Administración General del Estado o la Administración de la Comunidad Autónoma con las entidades que integran la Administración local, se regirán por la legislación básica en materia de régimen local, aplicándose supletoriamente lo dispuesto en el presente Título”.

De este precepto parece desprenderse que el consorcio administrativo, como fórmula organizativa de articulación de las relaciones de cooperación entre Administraciones Públicas, aparece sometido a un Derecho distinto, el ordenamiento jurídico local, cuando de él forma parte una Administración local. No obstante, esto no es del todo así, no lo es desde luego en todo caso, razón por la que debemos hacer, a continuación, alguna matización.

Entendemos que no siempre que concurra en el consorcio una Administración local podrá considerarse a este como consorcio local. La mera integración en un consorcio de una entidad local no determina necesariamente el carácter local del mismo,¹⁵ siendo preciso para ello tomar también como indicador la valoración de otros factores. En nuestra opinión, el factor fundamental para considerar a un consorcio como local radica en que el interés común de las Administraciones Públicas implicadas en el mismo, y en función del cual este se constituye, sea predomi-

14. En esta línea, *vid.* JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “De las Administraciones Públicas y sus relaciones (Título I)”, en AA. VV., *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid, 1993, p. 74 y 75, así como FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., “La evolución normativa de los consorcios: del consorcio local a los consorcios autonómicos”, *Comunicación presentada a la Ponencia: “Del Antiguo Régimen a la Administración Contemporánea”, de Juan Alfonso Santamaría Pastor, en el V Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, San Fernando, 5 y 6 de febrero de 2010*. No obstante, como se ha ocupado de señalar NIETO GARRIDO, la deslocalización del consorcio se produce años antes, aunque a nivel autonómico, en el artículo 55 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento, régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña. *Cfr.* NIETO GARRIDO, E., *El consorcio administrativo*, *op. cit.*, p. 62.

15. En esta misma línea puede verse REBOLLO PUIG, M., “Los consorcios entre entes locales como forma de cooperación”, en FONT I LLOVET, T. (dir.), *Anuario del Gobierno Local 1997*, Diputación de Barcelona, Marcial Pons, Instituto de Derecho Público, Madrid, 1997, p. 208.

nantemente un interés de carácter local.¹⁶ Esto es, pudiendo concurrir al consorcio intereses de diverso tipo, los intereses locales habrán de tener mayor fuerza y presencia que los intereses de otro tipo. Esto último no es siempre fácil de determinar, habida cuenta de la dificultad de definir círculos cerrados y excluyentes en nuestro sistema constitucional de distribución de competencias, cuando la realidad nos demuestra justamente lo contrario, que todo está entremezclado.

En cualquier caso, si el consorcio no se hubiera constituido para la gestión de intereses públicos locales, aun con la presencia de la Administración local en el mismo, al no ser este un consorcio local, habríamos de calificarlo entonces de consorcio administrativo, sin más. O, si se quiere, más específicamente, consorcio autonómico, en el caso de que en este hubiera una clara *vis* atractiva de la legislación de desarrollo de la correspondiente Administración autonómica.¹⁷ Más adelante analizaremos los criterios establecidos por el legislador autonómico para distinguir en qué casos estamos ante un consorcio autonómico y cuándo ante un consorcio local.

3. El debate acerca de la concepción del consorcio local como entidad local

Como hemos apuntado más arriba, la existencia de un debate acerca de la naturaleza jurídica del consorcio

local obedece principalmente a la exclusión deliberada de esta entidad del listado de entidades locales contenido en el artículo 3 de la LBRL de 1985. Además, también han coadyuvado al mismo otras razones derivadas de la nueva regulación del consorcio en esta Ley, a las que más adelante nos referiremos.

Como es por todos sabido, el artículo 3 de la LBRL enumera los entes que forman parte de la llamada planta local, reconociendo la existencia de diversos tipos de entidades locales, y diferenciando entre dos grandes categorías, los entes locales territoriales necesarios y los entes locales no necesarios.¹⁸

En la primera categoría, la de los entes locales territoriales necesarios, se encuentran el municipio, la provincia y la isla. Estas tres entidades se califican de necesarias porque su existencia está garantizada constitucionalmente, en virtud de su reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional (artículos 137, 140 y 141). Se consideran territoriales porque así se deriva de su regulación en el Título VIII de la Constitución, que trata “De la organización territorial del Estado”, de la cual forman parte, así como del artículo 3.1 de la LBRL, que los denomina “entidades locales territoriales”. Independientemente de que se pueda discutir el sentido hoy día de la diferenciación entre entidades territoriales y no territoriales,¹⁹ lo cierto es que la calificación de un ente como territorial todavía trae aparejadas importantes consecuencias jurídicas en nuestro Derecho.²⁰

En la segunda categoría, recogida en el artículo 3.2 de la LBRL, están los llamados entes locales no necesarios: las entidades de ámbito territorial inferior al muni-

16. En esta línea, *vid.* CASTILLO BLANCO, F., “Los consorcios administrativos: especial referencia a los consorcios de entidades locales en la legislación andaluza”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 42, 2001, p. 119-121; MARTÍN MATEO, R., *Entes locales complejos: mancomunidades, agrupaciones, consorcios, comarcas, áreas metropolitanas*, Trivium, Madrid, 1987, p. 116.

17. Sobre el consorcio autonómico resultan de interés las consideraciones que se hacen en FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., “La evolución normativa de los consorcios: del consorcio local a los consorcios autonómicos”, *op. cit.*

18. Aplicamos esta terminología, según nuestro criterio, para distinguir entre los entes del artículo 3.1 y los del artículo 3.2 LBRL. La doctrina ha empleado a veces otros términos. Especialmente acertada nos parece la distinción de SANTAMARÍA PASTOR entre “entes necesarios y potestativos”, esto es, por un lado, “entidades de régimen común o de carácter imperativo”, y, por otro, entidades “de régimen especial o de existencia meramente potestativa”. *Cfr.* SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General. Tomo I*, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2009, p. 527 y 528.

19. Al respecto, véase el clásico trabajo de NIETO GARCÍA, A., “Entes territoriales y no territoriales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 64, 1971.

20. No obstante, no es menos cierto que la calificación de un ente público como territorial no deja de ser convencional, y de configuración legal, siendo, por tanto, una cuestión de grados, cuyo contenido jurídico es tremendamente variable. El único límite cierto lo marca la Constitución Española, en cuanto establece como entes en todo caso de naturaleza territorial al Estado, la Comunidad Autónoma, el municipio, la provincia, y la isla. A su vez, como la experiencia ha demostrado, el problema de la indefinición de la autonomía local en nuestro texto constitucional, ha tenido como consecuencia que, aun considerándose al municipio y la provincia como entes de naturaleza territorial, sus posibilidades como entidad territorial se encuentren tan limitadas por el legislador que, en la práctica, su configuración como ente territorial no tiene nada que ver con la del Estado o la Comunidad Autónoma. Sobre el principio de autonomía local, puede verse, entre otros, TOSCANO GIL, F., *Autonomía y potestad normativa local*, Comares, Granada, 2006, p. 9-71.

cipal, las comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios, las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios. Optamos conscientemente por no denominarlos entidades locales no territoriales, en contraposición a las entidades locales territoriales del 3.1 LBRL, porque algunos de ellos, como las entidades de ámbito territorial inferior al municipal, se han configurado claramente como entidades territoriales; además de que, por lo que hace al resto, tampoco puede afirmarse con rotundidad su no territorialidad en todo caso, puesto que algunos de estos entes pueden adquirir naturaleza de Administración territorial, si así lo decide el legislador.²¹ Por ello, lo más exacto es limitarnos a llamarlos entes locales no necesarios, atendiendo a que su existencia no está garantizada por la Constitución.²²

Como puede observarse, aunque el consorcio local es objeto de regulación por la LBRL (artículos 57 y 87), no aparece por ninguna parte en el listado de entidades locales. Como ha apuntado el profesor Martín Mateo,

tras estudiar los antecedentes parlamentarios de la LBRL, esta exclusión del artículo 3 obedece a una decisión deliberada. Esto es, aunque se tuvo presente la posibilidad de incluir al consorcio en el listado del artículo 3.2 LBRL como una más de las entidades locales no necesarias allí reguladas, finalmente se optó por no hacerlo así.²³

Otras razones adicionales, nos indica este autor, se han hecho valer también por aquellos que se posicionan en contra de la consideración del consorcio local como una entidad local: la regulación de este en el capítulo de la LBRL dedicado a "Actividades y Servicios", el laconismo de dicha regulación, y la posibilidad de que formen parte del mismo entidades privadas sin ánimo de lucro.²⁴

Con todo, aun siendo consciente de la voluntad del legislador, así como de todas las razones que suelen esgrimirse en contra, Martín Mateo ha defendido en todo momento que con la LBRL el consorcio local sigue siendo una entidad local,²⁵ que "apenas se diferencia

21. Un ejemplo reciente nos lo ofrece la recuperada entidad metropolitana de Barcelona, a la que el artículo 1.2 de la Ley 31/2010, de 3 de agosto, del Área Metropolitana de Barcelona, define expresamente como "ente local supramunicipal de carácter territorial".

22. La ausencia de garantía constitucional no debe confundirse con la ausencia de basamento constitucional, puesto que algunos de estos entes pueden encontrar su fundamento en el texto constitucional, al permitir los artículos 141.3 y 152.3 la creación de agrupaciones de municipios como parte de la organización territorial de nuestro Estado, lo que es válido tanto para la comarca como para el área metropolitana. De todas formas, como ha señalado ENTRENA CUESTA, tal fundamento constitucional no es necesario para que el legislador pueda crear entidades locales. "Su inexistencia en los precedentes textos constitucionales no ha sido obstáculo, dogmáticamente o desde el punto de vista práctico, para que se utilizasen fórmulas organizativas análogas a las señaladas". Cfr. ENTRENA CUESTA, R., "Comentario al artículo 141 CE", en GARRIDO FALLA, F. et al., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 2448. En nuestra opinión, la creación de entidades locales de cualquier tipo encuentra su principal fundamento en la potestad de autoorganización estatal, autonómica o local, reconocida por la Constitución Española, en cuanto forma parte del núcleo duro de la autonomía de estas entidades.

23. Para confrontar las citas a MARTÍN MATEO que haremos en estas páginas, véase MARTÍN MATEO, R., *Entes locales complejos: mancomunidades, agrupaciones, consorcios, comarcas, áreas metropolitanas*, op. cit., p. 112 y 116-120. También resulta de especial interés el análisis de los antecedentes parlamentarios que se hace en NIETO GARRIDO, E., *El consorcio administrativo*, op. cit., p. 56-60.

24. En esta línea, CASTILLO BLANCO ha sostenido que su exclusión del catálogo de entidades locales es determinante, debiendo considerarse una "entidad pública de carácter o naturaleza singular", en CASTILLO BLANCO, F., "Los consorcios de entidades locales: análisis y valoración de la nueva legislación de régimen local", *Revista de Administración Pública*, núm. 124, 1991, p. 405 y 416. También PALLARÉS MORENO, para quien los consorcios locales "son entidades de naturaleza singular". Cfr. PALLARÉS MORENO, M., "Naturaleza jurídica y analogías y diferencias entre las mancomunidades de municipios y los consorcios locales, a propósito del Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, de 15 de febrero de 2001", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 47, 2002, p. 79 y 85. REBOLLO PUIG sostiene que "ni la calificación de entidad local es esencial a la categoría de los consorcios en los que intervenga una Administración local ni se desprende del Derecho vigente". Cfr. REBOLLO PUIG, M., "Creación y régimen jurídico de los consorcios (procedimiento, estatutos, constitución)", en AA. VV., *Jornadas de Estudios sobre Consorcios Locales*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, Granada, 1995, p. 161.

25. El consorcio local era una entidad local bajo el régimen jurídico anterior, conclusión a la que se llega analizando los artículos 37 a 40 del RSCL, pero también las siguientes normas: el Decreto ley 13/1970, de 12 de noviembre, sobre beneficios fiscales de los consorcios de los que formen parte las corporaciones locales; el párrafo cuatro de la Base núm. 39 de la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de bases del Estatuto de régimen local, en el que expresamente se dice que los consorcios gozarán "de la consideración de entidades locales"; el artículo 129 del Real decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, por el que se ponen en vigor las disposiciones de la Ley 41/1975, de bases del Estatuto de régimen local, relativas a ingresos de las corporaciones locales, y se dictan normas provisionales para su aplicación; y el artículo 107 del Real decreto 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/1975, de bases del Estatuto de régimen local, en lo relativo a los funcionarios públicos locales y otros extremos, en cuyo apartado 2, en atención a la base señalada, se dice que los consorcios gozarán "de la consideración de entidades locales".

de otras figuras que la Ley reconoce explícitamente como entidades locales, lo que es el caso próximo de las mancomunidades". Esto y no otra cosa es lo que se deriva del hecho de que sean "entes de Derecho público, gestores de actividades de interés local".

Solamente, nos dice este autor, "podría desvirtuarse esta deducción ante la presencia de un factor de signo negativo, a saber, la expresa remisión en los estatutos a otro ordenamiento con pérdida del control por parte de las entidades locales de los órganos del consorcio a favor de otras Administraciones o entidades privadas, pero en tales casos entendemos que se desnaturalizaría esta figura dando lugar a otra distinta". Ni siquiera que esté participado por la Administración estatal o la autonómica, implica necesariamente que deje de ser una entidad local, puesto que la LBRL, cuando ha optado por regularlo, se ha decantado claramente por situar también en estos casos al consorcio en la esfera jurídica local. Solo en el supuesto de que el control, por determinaciones estatutarias o legales, cayera fuera del ámbito local, cabría concluir su no calificación como entidad local.²⁶

En definitiva, para Martín Mateo la calificación del consorcio local como ente local deriva precisamente de la sujeción de este al ordenamiento jurídico local. Su naturaleza jurídica local, en los términos expuestos, supone que el consorcio local no puede sino ser un ente local.

Por su parte, la profesora Nieto Garrido, bajo el presupuesto de que el consorcio administrativo no es siempre una entidad local, realiza, en su análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999 [RJ 1999/4692], las aportaciones que exponemos a continuación. El Tribunal Supremo, en esta Sentencia (Fundamento Jurídico 3.º), apunta que el legislador estatal "no ha querido caracterizar a todos los consorcios que puedan constituirse (...) como entidades

locales, pero sin negarles tampoco tal consideración, permitiendo que en cada caso, según las circunstancias concurrentes, pueda determinarse si el consorcio constituido es o no una entidad local".²⁷

Para esta autora, conforme a esta jurisprudencia, responder a la pregunta de si un consorcio es o no una entidad local, exige analizar sus estatutos, para así poder valorar las circunstancias concurrentes a que se refiere la Sentencia. Siendo las circunstancias concurrentes las relativas al control efectivo de los órganos de gobierno del consorcio, y no el hecho de que este "tenga por finalidad la realización de funciones locales". Según Nieto Garrido, "el consorcio administrativo tendrá naturaleza jurídica de ente local cuando el control efectivo de sus órganos de gobierno lo ostenten entidades locales territoriales que, en función de la aportación inicial económica, patrimonial, etc., o en función de otros criterios, tengan, según los estatutos, una mayor representación o un mayor porcentaje de votos en la asamblea o junta de gobierno del consorcio administrativo".²⁸

El criterio de la participación o del control mayoritario de los órganos de dirección, que es el utilizado por esta autora, puede encontrarse positivizado en diversas normas, tanto estatales como autonómicas. Se utiliza, principalmente, a los efectos de determinar la integración del consorcio en el sector público estatal o autonómico de que se trate, y tiene como consecuencia la aplicación o no al consorcio de un determinado régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero. Así ocurre en disposiciones estatales, como el artículo 2.1.h) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria. Pero también en leyes autonómicas, como el Decreto legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (artículo 5.1), o la Ley

26. Cfr. MARTÍN MATEO, R., "Los consorcios locales. Una institución en auge", *op. cit.*, p. 10 y 13.

27. Esta doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999 (Fundamento Jurídico 3.º), [RJ 1999/4692], ha sido confirmada con posterioridad por Sentencia del mismo Tribunal de 28 de noviembre de 2007 (Fundamento Jurídico 6.º), [RJ 2008/280].

28. Cfr. NIETO GARRIDO, E., "La naturaleza jurídica del consorcio administrativo a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999", *Revista de Estudios de la Administración Local*, 2001, p. 252-254. En contra, MAS RIGO sostiene que la solución a si el consorcio es ente local "vendrá determinada por el hecho de que la actividad o servicio público objeto del consorcio se halle incluido o no dentro del ámbito de competencias propias de las entidades locales". Cfr. MAS RIGO, J. M., "Los consorcios locales. Una ojeada a la doctrina y a la jurisprudencia", *Revista de Estudios Locales*, núm. 68, 2003. Para SOSA WAGNER deben combinarse ambos tipos de criterios, para que el consorcio local participado por Administraciones Públicas no locales sea un ente local, es necesario, tanto que la presencia de estas otras Administraciones "en los órganos de gestión del mismo no resulte determinante" como que "el servicio o los servicios gestionados por el consorcio se incluyan claramente dentro del ámbito de las competencias locales". Cfr. SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, 7.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 372.

9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (artículo 12.3), donde las consecuencias jurídicas de la concurrencia de estos criterios es aún mayor, puesto que puede suponer la sujeción o no de la organización y actividad del consorcio a todo el ordenamiento autonómico, no solo a un determinado régimen económico-financiero, de control y contabilidad regulado por la legislación autonómica.

4. La configuración del consorcio local como entidad local por el legislador autonómico

En nuestra opinión, aun estando de acuerdo con las aportaciones de los autores citados, así como con la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, creemos que la cuestión no queda clarificada del todo si nos limitamos a entenderla en estos términos. Pensamos que la ausencia de una definición del consorcio local por el legislador como entidad local, deja sobre la mesa algunos problemas, derivados precisamente de esta indefinición, que nos sitúa ante un panorama indeseable por la inseguridad y confusión que genera.²⁹

No es menos cierto que una de las principales ventajas del consorcio como fórmula organizativa es precisamente su indefinición, entendida esta como flexibilidad de su régimen jurídico, por razón de su escasa predeterminación legal.³⁰ Pero también es verdad que esta indefinición no puede llegar hasta el punto de no tener claro en qué esfera del ordenamiento jurídico se sitúa el consorcio, siendo esto último lo que se pretende cuando se propugna la existencia de criterios que permitan definirlo como un ente local, autonómico, o estatal, según el caso. En la práctica esto genera problemas, por razón de ausencia de criterios claros acerca de cuál es el ordenamiento jurídico que ejerce su *vis* atractiva sobre el consorcio, una vez constituido este. Se trata, pues, de un problema de aplicación del Derecho, de qué Derecho aplicar. En este

punto, es al legislador al que le corresponde sentar criterios, y decir cuándo un consorcio puede considerarse consorcio local, y, por tanto, entidad local.

Piénsese que la autonomía de las entidades que decidan constituir un consorcio les permitirá, en el ejercicio de su potestad de autoorganización, optar por la creación del mismo, así como darle un determinado régimen jurídico a través de sus estatutos. La construcción final del consorcio local como ente con naturaleza jurídica local, sujeto primordialmente a la legislación local, es algo que resultará de la forma que a este le den las entidades que lo integren.

Pero la sujeción al régimen jurídico local con todas sus consecuencias, la subsunción sin ambages de la entidad consorcial en el supuesto de hecho de toda norma jurídica cuya aplicación vaya referida expresamente a las entidades locales, mediante la definición del consorcio local como ente local, no es algo que pueda dejarse solo a la potestad organizatoria de los entes consorciados a través de sus estatutos, sino que requiere de la seguridad que pueda aportar la existencia de criterios generales establecidos por el legislador.

La posibilidad de crear entidades locales no necesarias o potestativas, más allá del listado del artículo 3.2 LBRL, y, por tanto, de configurar al consorcio como un ente local, está ya sobradamente admitida por nuestra doctrina, así como por nuestra jurisprudencia.

El carácter abierto del listado de entidades locales del artículo 3.2 LBRL ha sido establecido por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de abril de 1999 (Fundamento Jurídico 3.º), [RJ 1999/4692], y Sentencia de 28 de noviembre de 2007 (Fundamento Jurídico 6.º), [RJ 2008/280], en asuntos en los que lo que estaba en juego era, precisamente, la consideración del consorcio como ente local. También la doctrina administrativista española ha acogido este criterio, defendiendo igualmente la potestad del legislador para establecer y configurar entidades locales no previstas inicialmente en la LBRL.³¹

29. En esta misma línea, puede verse el análisis de los problemas que se plantean en TOSCANO GIL, F., *Los consorcios metropolitanos*, IAAP, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2011.

30. *Vid.* REBOLLO PUIG, M., "Creación y régimen jurídico de los consorcios (procedimiento, estatutos, constitución)", *op. cit.*, p. 169 y 171.

31. A favor, puede verse ALONSO MAs, M. J., "Comentario al artículo 3 LBRL", en DOMINGO ZABALLOS, M. J. (coord.), *Comentarios a la Ley básica de régimen local (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local)*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 185-187; MARTÍN MATEO, R., *Entes locales complejos: mancomunidades, agrupaciones, consorcios, comarcas, áreas metropolitanas*, *op. cit.*, p. 22; MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., "Consorcios locales", en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo. Tomo I. A-G*, Iustel, Madrid, 2005, p. 631; SÁNCHEZ BLANCO, A., *Organización intermunicipal*, Iustel, Madrid, 2006, p. 87. En contra, véase REBOLLO PUIG, M., "Los consorcios entre entes locales como forma de cooperación", *op. cit.*, p. 209.

El legislador competente para crear entes locales de régimen dispositivo, en el ámbito del artículo 3.2 LBRL, es el legislador autonómico. Esto es así por el alto grado de interiorización autonómica al que están sometidas estas entidades, que, según conocida doctrina del Tribunal Constitucional, “entran en cuanto a su propia existencia en el ámbito de disponibilidad de las comunidades autónomas que dispongan de la correspondiente competencia”.³²

Por tanto, la configuración del consorcio local como entidad local por el legislador autonómico es posible. De hecho, así lo han venido haciendo algunas leyes autonómicas de régimen local, como la gallega, la balear, o, más recientemente, la andaluza, en las que expresamente se define al consorcio como ente local.

La Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, establece en su artículo 2 que los consorcios locales gozan de la condición de entidad local no territorial, y en su artículo 149.2 que “los consorcios locales son entidades locales”. La Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, llega a la misma conclusión, si bien en términos más precisos en cuanto a la definición de cuándo el consorcio puede ser considerado ente local. Según su artículo 2, “también tienen la condición de entes locales (...) los consorcios locales constituidos por entes locales entre sí o con otras Administraciones Públicas y que tengan por objeto esencial la prestación de servicios y obras que sean competencia de los entes locales”. Similar planteamiento se recoge en su artículo 43, mientras que en el 45 se vuelve a decir que “los consorcios locales gozan de la naturaleza de ente local”.

Más recientemente, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía (en adelante, LAULA), se ha sumado a esta corriente normativa, reconociendo también la condición de entidad local del consorcio local. Su artículo 3.4 admite que “por Ley, o de acuerdo con la presente Ley, podrán crearse otras entidades locales complementarias”. Entre estas se encuentran los consorcios locales, que, en los términos del artículo 78.3 de la LAULA, “se considerarán entidades loca-

les de cooperación territorial a los efectos de esta Ley” cuando se trate de “consorcios participados mayoritariamente por entidades locales y que persigan fines en materia de interés local”.

La formulación de la LAULA debe ser valorada, en principio, positivamente, puesto que reconoce una realidad existente en la Comunidad Autónoma andaluza, y sustantiva el consorcio local como entidad local, solucionando algunos claroscuros de su régimen jurídico. No obstante, estimamos desafortunada la matización de que el consorcio local andaluz se considerará entidad local “a los efectos de esta Ley”, lo que parece limitar el alcance de esta determinación.

Finalmente, debe decirse que también una norma autonómica de rango reglamentario, el Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón, se ha atrevido a realizar una declaración parecida. Lo ha hecho sin apoyarse en norma legal alguna, puede decirse que extralimitándose, puesto que en esto va más allá de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, que, ni en su artículo 2.2 (entidades locales de Aragón), ni en los artículos 218 y 219 (consorcios), se pronuncia en estos términos.³³

De esta forma, el artículo 321.3 del mencionado Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón, dispone que “los consorcios constituidos entre entidades locales para la gestión de servicios de su competencia tienen la consideración de entidades locales”. Pero no solo estos, sino que también “aquellos consorcios cuya finalidad sea la gestión de competencias locales en los que participe, de forma minoritaria, la Administración de la Comunidad Autónoma”.

En nuestra opinión, en preceptos como estos se rompe la dinámica que pervive todavía en la mayor parte de nuestro Derecho local. Son muchas las normas de nuestro ordenamiento que, aun insistiendo en el posible carácter local del consorcio, en su caso, no

32. Por todos conocida, Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre (Fundamento Jurídico 4.º), [RTC 1989/214].

33. Puede verse GIMENO FELIÚ, J. M., “De los servicios públicos locales. La iniciativa socioeconómica. La acción de fomento. Los consorcios”, en FANLO LORAS, A. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Administración local de Aragón*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2000, p. 351 y 352.

se atreven a calificar a este como ente local. Se sujeta a este al Derecho local, y se le trata como a una Administración local, pero no se le considera ente local, lo que, a todas luces, no solo resulta absurdo, sino, sobre todo, perturbador e inseguro.

Por tanto, si en la práctica los estatutos reguladores de los consorcios locales suelen configurarlos como entes de Derecho público que gestionan intereses predominantemente locales, entes participados e integrados mayoritariamente por Administraciones Públicas locales, y sujetos fundamentalmente al Derecho local, ningún problema debería haber en dar el siguiente paso, el de definirlos como entes locales en la normativa autonómica.

Ningún sentido tiene quedarse a medias, con la consiguiente inseguridad en cuanto al régimen jurídico aplicable, cuando en la práctica es el Derecho local el que se aplica a este tipo de entes. Siendo la principal consecuencia de la configuración del consorcio local como ente local la de la sujeción del mismo en bloque y sin ambages al Derecho local,³⁴ no vemos por qué no deberían definirse este tipo de consorcios como entes locales por el legislador autonómico. Esta operación ya sabemos que es posible, clarificaría mucho el panorama a los operadores jurídicos, y nos ahorraría debates estériles sobre el particular.³⁵

Es absurdo, como en su momento ya apuntara el profesor Martín Mateo, que la mancomunidad de municipios sí se defina como una entidad local y el consorcio local no, cuando son tantas las analogías de

régimen jurídico que es posible apreciar entre ambos tipos de entes.

Se podrá objetar a nuestras argumentaciones la integración en el consorcio local de entidades privadas sin ánimo de lucro o de Administraciones Públicas no locales.³⁶ Pero, por lo que hace a las primeras, su inclusión en el consorcio local no elimina el sometimiento de este al Derecho público, y por tanto al Derecho local, puesto que, al fin y al cabo, el consorcio sigue siendo Administración Pública. En relación con las segundas, es necesario distinguir entre las entidades constituyentes y la entidad constituida. Por tanto, tratándose de personas jurídicas distintas, cabe la aplicación al consorcio de un Derecho que no tiene por qué ser el propio de todos y cada uno de los entes consorciados, sino el de aquellos que se decida, siguiendo los criterios establecidos por el legislador. Y este Derecho bien puede ser el local, igual que, cuando la participación mayoritaria en el consorcio se inclina del lado de la Administración autonómica, el Derecho que se aplica es el propio de esta. La solución es puramente instrumental, puesto que lo importante es tener definido un criterio previo, que otorgue seguridad sobre qué esfera del ordenamiento jurídico aplicar.

Este tipo de objeciones no deberían ser obstáculo para la construcción del consorcio local como ente local, y, de hecho, no lo han sido para los Parlamentos gallego, balear y andaluz. Ninguno de estos legisladores autonómicos ha parecido tener problemas de concepto para entender al consorcio local

34. Esto es algo que se ve muy bien en la regulación que del consorcio local realiza la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, en los siguientes preceptos: 45 (potestades de las entidades locales previstas en la legislación básica de régimen local), 46.2 (impugnación de acuerdos y resoluciones en la forma prevista para los entes locales), 47.5 (inscripción en el Registro de Entidades Locales), y 48 (Hacienda, régimen financiero, presupuestario y contable conforme a la legislación reguladora de las Haciendas locales).

35. Como ha dicho SOSA WAGNER, puesto que "sería ingenuo ignorar que la legislación vigente ha introducido bastante confusión, es muy importante que la clarificación del régimen jurídico de los consorcios se haga desde la legislación autonómica general o desde los propios estatutos consorciales". Cfr. SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, op. cit., p. 373. En esta misma línea, vid. TOSCANO GIL, F., *Los consorcios metropolitanos*, op. cit.

36. De hecho, puede que sea la posibilidad de integrar Administraciones no locales en el consorcio local, o entidades privadas sin ánimo de lucro, lo que explique la decisión del legislador básico estatal de no tipificarlo expresamente como ente local. En este sentido, véase MAS RIGO, J. M., "Los consorcios locales. Una ojeada a la doctrina y a la jurisprudencia", op. cit. También puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999 (Fundamento Jurídico 3.º), [RJ 1999/4692], cuya doctrina, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007 (Fundamento Jurídico 6.º), [RJ 2008/280], es bastante ilustrativa, al señalar que "es cierto que el artículo 107.2 del texto articulado parcial de la Ley 41/1975, de bases del Estatuto de régimen local, aprobado por Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, atribuía a los consorcios la condición de entidades locales, y que esta norma no se reitera en el artículo 110.2 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, pero ello se debe a que, dada la amplitud de fines que pueden asumir los consorcios, así como tomando en cuenta que pueden constituirse con entidades privadas sin ánimo de lucro, posibilidad que no admitía el artículo 107 del Decreto 3046/1977, el texto refundido de 1986 no ha querido caracterizar a todos los consorcios que puedan constituirse al amparo de su artículo 110 como entidades locales, pero sin negarles tampoco tal consideración, permitiendo que en cada caso, según las circunstancias concurrentes, pueda determinarse si el consorcio constituido es o no una entidad local".

como entidad local integrada no solo por Administraciones locales, sino también por Administraciones no locales, sin que por esto último el consorcio deje de ser un ente local.

Más recelos parece que ha suscitado la cuestión de considerar al consorcio como entidad local cuando en este se integren “entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones Públicas”. Aunque la Ley gallega admite esta posibilidad, artículo 149.1.b), la sujeta a que en dicho caso “en todos los órganos de los que se dote al consorcio deberá garantizarse la presencia mayoritaria del sector público”, cosa, por otra parte, completamente lógica.

La Ley balear se muestra todavía más reticente ante este aspecto, puesto que ni siquiera menciona dicha opción en sus preceptos. Es más, de sus artículos 2 y 43 parece deducirse más bien lo contrario, máxime cuando en el artículo 44 sí que se admite abiertamente esta posibilidad para los convenios interadministrativos, que pueden formalizarse con entidades privadas sin ánimo de lucro. Por ello, entendemos que la Ley balear únicamente considera entidad local a los consorcios locales formados por Administraciones Públicas.³⁷

La Ley andaluza no ofrece problemas de ningún tipo en este punto, en cuanto admite sin ningún tipo de condicionante la integración en el consorcio de entidades privadas sin ánimo de lucro, exigiendo únicamente la existencia de “finalidades de interés público concurrentes” (artículo 78.2 LAULA). A continuación, se especifica que cuando estos consorcios, también los que integren entre sus miembros a entidades privadas, estén participados mayoritariamente por entidades locales, el resultado será una entidad local (artículo 78.3 LAULA).

Dejando a un lado los recelos expuestos, la solución que aportan estas normas autonómicas nos parece la más adecuada, por cuanto clarifica definitivamente el régimen jurídico del consorcio local como Administración Pública, mediante su definición como entidad local en la legislación autonómica, en aquellos casos en que la apuesta política por este instrumento de cooperación interadministrativa lo haga conveniente.

Para finalizar, queremos dejar una última reflexión, acerca de lo perturbador que, en nuestra opinión, ha terminado por ser el modelo de tipificación de entidades locales establecido por la LBRL en su artículo 3, o, al menos, el entendimiento que se ha hecho del mismo, y de lo que sea una entidad local. Parece como si se hubiera terminado por entender que la calificación de una entidad pública como entidad local supusiera algo más que la atribución a la misma de personalidad jurídica, y su vinculación a las reglas propias del ordenamiento jurídico local.

El artículo 3 de la LBRL distingue claramente entre entidades locales territoriales y entidades que gozan de la condición de entidades locales. Por todos es sabido que en el listado correspondiente a estas últimas cabe situar tanto a entes de naturaleza territorial como de corte instrumental. Por lo demás, la enumeración de entidades locales distintas de las de existencia constitucionalmente necesaria es abierta, como también ya se ha dicho.

Siendo esto así, la calificación de un ente público como ente local no debería tener más trascendencia que la del reconocimiento de su personalidad jurídica y de su sujeción al Derecho local. Cuando el artículo 3.2 de la LBRL dice que estas otras entidades gozan de la condición de entidades locales, no se las está queriendo asimilar necesariamente a las entidades de tipo territorial. Sin embargo, es posible que el uso de la expresión: “gozan, asimismo, de la condición de entidades locales”, haya dado a esta cuestión una relevancia que no tiene.

La LBRL optó por establecer una tipificación de las entidades locales, que permitía distinguir entre unas y otras, y facultaba a los municipios que en el ejercicio de su autonomía decidieran constituir aquellas que fueran una clara manifestación de esta, como ocurre en el caso de las mancomunidades. La personalidad jurídica que el concepto de entidad lleva aparejada, exige en nuestro Derecho su tipificación por norma de rango legal, y esto es algo que no puede hacer el municipio, aunque sí las comunidades autónomas y el Estado.

Por esta razón, pensamos, la tipificación de entidades locales establecida en el artículo 3 LBRL era nece-

37. Esta interpretación solo quiebra cuando se presta atención al artículo 47.1 de la Ley, según el cual “los consorcios locales se constituyen mediante un convenio entre los entes locales y las otras Administraciones Públicas y los miembros que tienen que integrarlos”. En este último inciso, parece que se está admitiendo la presencia en el consorcio de entidades que no sean Administraciones Públicas. Aunque, aun así, podría pensarse que, en ese caso, ese consorcio local, con participación de entidades privadas sin ánimo de lucro, no sería entidad local, lo que es de nuevo volver al absurdo.

saría. Sin embargo, ni en el ordenamiento estatal ni en los ordenamientos autonómicos existen listados semejantes que dispongan cuáles son los entes estatales, o cuáles los entes autonómicos en tal o cual Comunidad Autónoma. La tipificación de entidades estatales o autonómicas se realiza, a medida que va siendo necesario, en las correspondientes leyes de organización y administración, señaladamente en las que establecen cuáles son las entidades dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado y/o a las Administraciones Generales de las comunidades autónomas.

De esta forma, se reconoce la condición de entidad estatal o de entidad autonómica, esto es, persona jurídico-pública integrada en el respectivo ordenamiento jurídico, sea el del Estado o sea el de la Comunidad Autónoma correspondiente, a entidades de naturaleza institucional no territoriales, sin que dicha calificación tenga más trascendencia que la que tiene, ni suscite suspicacias de ningún tipo. ■

27 QDL

Ponencias, crónicas y notas



Algunos apuntes sobre la constitucionalidad de la privatización de los servicios públicos

María José Carazo Liébana

Profesora contratada doctora del Área de Derecho

Constitucional de la Universidad de Jaén

1. **Cuestiones previas**
2. **Apuntes sobre los procesos privatizadores**
 - 2.1. Aproximación al concepto de privatización
 - 2.2. Actividades y Administraciones no susceptibles de privatización
 - 2.2.1. Reserva constitucional de Administración Pública y Administración de soberanía
 - 2.2.2. Administración prestacional no susceptible de privatización sustancial: seguridad social, centros educativos públicos y medios públicos de comunicación
 - 2.3. Actividades susceptibles de privatización
3. **La constitucionalidad de la privatización a la luz de la vinculación de los poderes públicos a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales**
 - 3.1. El principio de Estado social y democrático de derecho como límite a la privatización
 - 3.1.1. Estado de derecho
 - 3.1.2. El principio de Estado democrático como límite a la privatización
 - 3.1.3. El principio de Estado social como límite a la privatización
 - 3.2. El reconocimiento constitucional de derechos fundamentales como límite a la privatización. Los derechos de los funcionarios y de los trabajadores de las empresas públicas privatizadas
4. **Consideraciones finales**
5. **Bibliografía**

Resumen

En este artículo se hace un estudio desde una perspectiva constitucional de la legalidad de la decisión administrativa de privatizar y su repercusión para el Estado social y democrático de derecho.

Palabras clave: *derecho constitucional; privatización; derecho administrativo; servicio público; legalidad.*

Abstract

This paper is a study from a constitutional perspective of the legality of the administrative decision to privatize and its impact on the social and democratic state of law.

Keywords: constitutional law; privatization; administrative law; public service; law.

1. Cuestiones previas

Uno de los aspectos menos trabajados por la doctrina constitucionalista es lo que se ha denominado Constitución Económica. Nos referimos a los preceptos económicos de la Constitución española, básicamente regulados en el Título VII; aunque también a lo largo del articulado de la Constitución encontramos referencia a la economía. Nos referimos al derecho de propiedad privada del artículo 33 o al derecho a la libertad de empresa del artículo 38. No obstante, en este artículo nos centraremos en el artículo 128.2, que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, rompiendo así con el principio de subsidiariedad que, en la legislación anterior, presidía la actuación de la empresa pública.¹ Tomando como base este precepto, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) sostiene que la neutralidad de la Constitución en el marco económico no equivale a la apertura absoluta a cualquier modelo económico. Siempre debe asegurarse la garantía institucional de la propiedad privada y la libertad de empresa, aunque en la actualidad ambos derechos se encuentran fuertemente penetrados por el interés público. Al mismo tiempo, la orientación constitucional de la acción de los poderes públicos hacia ciertos objetivos y finalidades de carácter económico y social, excluye igualmente una actitud de abstención y desentendimiento del Estado respecto de la marcha de la economía.²

Así pues, la valoración jurídico-constitucional de las actuaciones económicas de los poderes públicos no puede hacerse en función de su conformidad a un mo-

delo económico predeterminado, sino por referencia a las diversas y concretas normas que en la materia contiene la Constitución. Es decir, una medida económica pública no será inconstitucional por resultar contraria a la economía de mercado, sino por perseguir una finalidad no amparable en la Constitución, por vulnerar derechos o libertades de los ciudadanos o por contravenir el orden de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Lo decisivo, a efectos de la valoración jurídico-constitucional, no es el sistema económico en sí mismo considerado, sino las normas jurídicas que, desde la Constitución, se proyectan sobre el campo de la economía. Propiamente no hay una Constitución económica, sino un derecho constitucional económico.³

A estos efectos, los servicios públicos se han visto afectados por las nuevas corrientes liberalizadoras. Este fenómeno ha tenido el impulso del derecho comunitario europeo, por lo que la legislación administrativa ha experimentado un profundo cambio, sobre todo en la regulación de los distintos sectores de nuestra economía, de la energía y de los transportes y las comunicaciones. Ahora bien, la formulación del Estado en Estado social y democrático de derecho da lugar al reconocimiento constitucional de una serie de derechos fundamentales que la Administración debe posibilitar a los ciudadanos, directamente o no. Y es aquí cuando entra el debate sobre si es posible la privatización de servicios públicos y si tiene cabida constitucional o no.

La actividad prestacional de la Administración y la justicia social han dado lugar a varias formulaciones teóricas, desde la formulación de Duguit en torno al

1. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., "Reflexión sobre la empresa pública española", en VV. AA., *Reflexión sobre la empresa pública española*, Madrid, 1980, p. 56 y ss. La propia jurisprudencia administrativa admite la derogación del principio de subsidiariedad, entre otras, en la sentencia de 6 de septiembre de 1989; también en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1990, donde se dice que "el art. 128.2 CE reconoce la iniciativa pública en la actividad económica con lo que se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de dos sectores, el privado y el público, que constituye lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta apartándose así nuestra Constitución del orden político anterior en el que primaba el principio de subsidiariedad...".

2. Una valoración global y sistemática de las cláusulas económicas contenidas en la Constitución permite llegar a la conclusión de que esta sanciona de modo fundamental un sistema de libertad económica que, a la postre, es proyección del principio de libertad, y que constituye uno de los fundamentos en los que se asienta la Constitución. Libertad que no es posible desagregar; es una: existe o no. Todo sistema democrático postula y debe conducir siempre a un sistema económico cuyo núcleo central es inequívocamente la empresa. Afirmación incuestionable al amparo del artículo 38 CE, que es preciso completar señalando también que, por expresa prescripción constitucional, los poderes públicos tienen un amplio cometido. Así, pueden regular el comercio (artículo 51), redistribuir la renta (artículo 40), promover el bienestar mediante un sistema de servicios sociales (artículo 50), atender a la modernización, desarrollo de los distintos sectores económicos (artículo 130), velar por la racional utilización de los recursos (artículo 45), planificar la actividad económica general (artículo 131), y un largo etcétera de actuaciones a llevar a cabo; vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años", *Revista de Administración Pública*, núm. 150 (Septiembre-Diciembre 1999), p. 246 a 273.

3. Vid. RUIZ-RICO RUIZ, G., "La libertad de empresa en la Constitución económica española: especial referencia al principio de la libre competencia", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 215, 1995, p. 223 a 258.

servicio público como “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.”⁴

El finalismo característico del servicio público, consistente en garantizar la prestación de tramos que pudieran quedar desatendidos de regirse por mecanismos de mercado, exige en todo caso excepciones a las reglas de la libre competencia.⁵ Y es que no hay que olvidar que la finalidad de la prestación de un servicio público no es la rentabilidad económica, sino el principio de justicia social.

2. Apuntes sobre los procesos privatizadores

2.1. Aproximación al concepto de privatización

Nos preguntamos *ab initio* qué cabe entender por privatización. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, privatizar es “Transferir una empresa o actividad pública al sector privado”. Se trataría así de que actividades que han venido considerándose públicas se remiten ahora al ámbito privado. Siguiendo al profesor Martín-Retortillo,⁶ del concepto de privatización caben tres acepciones, las cuales hacen referencia a fenómenos diversos: utilización por la Administración de personificaciones y procedimientos de derecho privado, transferencia al sector privado de una actividad o función pública, y transferencia de la actividad comercial e industrial de la Administración al sector privado.

Una de ellas, la primera, es la que se ha llamado la huida del derecho administrativo. Esto es, utilizar personas jurídicas privadas a fin de eludir la aplicación de las normas de derecho administrativo. A estos efectos, debemos diferenciar claramente la criticable y critica-

da llamada huida del derecho administrativo y el supuesto de la privatización de actividades industriales, de actividades económicas separables de la actividad propia de la Administración, que es un proceso constitucionalmente correcto (al menos en una economía de mercado, como la que proclama el artículo 38 de nuestra Constitución) y que permite la aportación de inversión privada a ciertos servicios, una reducción del déficit público y una consiguiente posibilidad de destinar recursos públicos a otros fines de carácter social.⁷

Ahora bien, estamos ante una privatización de la actividad en su sentido más propio cuando no hay “reserva” originaria de ningún tipo a favor del Estado. Se trata de cometidos que pasan así a ser privados. Conviene tenerlo muy claro. No obstante, el Estado no queda exento de hacer una tarea de ordenación pública. La exigencia constitucional de la universalidad de derechos fundamentales obliga a su realización prestacional, bien por la propia Administración, bien imponiéndola como carga complementaria a los particulares que puedan intervenir en estos ámbitos. El Estado debe garantizar a todos la satisfacción de las exigencias fundamentales.

En el proceso privatizador se hace patente el cambio experimentado en Europa desde la II Guerra Mundial. En un principio se potenció la actividad industrial de la Administración y se generalizó la asunción por la Administración de numerosos cometidos, que pasaban así a ser directamente desempeñados por ella. Hay también una muy notable ampliación de la acción administrativa en distintos campos que hasta el momento le eran del todo ajenos. Sin embargo, desde hace años, estamos asistiendo al movimiento inverso. En un primer momento este cambio se constata por el amplio retorno a fórmulas concesionales o a otras de alcance semejante, sin menoscabo de la titularidad pública de la actividad que así se mantiene. Ello supuso un evidente alivio organizativo y financiero para el sector público. En un segundo momento este cambio se completa mediante la transferencia al sector privado de cometidos y funciones –no solo del ejercicio de los

4. Resaltado por L. MARTÍN REBOLLO, en “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, en *Revista de la Administración Pública*, núm. 100-102 (vol. III), p. 2490 y ss.

5. LÓPEZ PELLICER, “El servicio público y la habilitación de actividades prestacionales de interés general a particulares”, en VV. AA., *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, 2000.

6. “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 144 (Septiembre-Diciembre 1997), p. 7 a 43.

7. Vid. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., “La privatización de la gestión de las infraestructuras: perspectivas actuales”, *Boletín Aranzadi Administrativo*, núm. 19/2000, Pamplona, 2000.

mismos- que hasta ahora tenían la consideración de públicos. Es esto último, en definitiva, lo que constituye el fenómeno privatizador desde la perspectiva que ahora consideramos.⁸ Se produce así una reducción de la actividad pública. Un Estado más reducido, mucho más reducido, pero al mismo tiempo un Estado eficaz y fuerte.⁹

Queremos dejar claro que privatizar no es sinónimo de dejar hacer, sino de regular, aunque sea de modo distinto al tradicional.¹⁰ Como ha destacado Soriano,¹¹ la nueva regulación, centrada en la supervisión, en la actividad de policía, y no ya en la intervención, podrá ser incluso más intensa.

A estos efectos, la política de privatizaciones se puede plantear, y de hecho así se hace, como una decisión que favorece los valores del Estado social y democrático de derecho y, en concreto, la vigencia de los derechos fundamentales. En todo caso esta afirmación se realiza dentro del juicio de oportunidad, y representa una valoración política tan válida como su contraria. Ahora bien, dicho lo anterior, no todas las actividades que la Administración desempeña son privatizables. El principal problema para analizar la constitucionalidad de esta política de privatizaciones estriba en que ningún precepto constitucional la ampara o la prohíbe expresamente, por lo que para determinar su legitimidad hay que llevar a cabo una interpretación sistemática del texto constitucional.

Este estudio se va a centrar en los límites constitucionales a la privatización, y no en los obstáculos legales, ya que estos son modificables libremente por el legislador. Ejemplo de esto último es la inalienabilidad de los bienes de dominio público prevista en el artículo 132.1 CE a la luz del artículo 339 del Código Civil, precepto que establece que son bienes de dominio público "Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional". Nuestra Constitución no impide que algunas Administraciones recurran al derecho privado, que se privatice el régimen jurídico de determinadas actividades o que se transfieran al sector privado las empresas públicas que las desarrollan. La

cuestión fundamental es cuál es el ámbito material de la Administración que no es susceptible de privatización.

2.2. Actividades y Administraciones no susceptibles de privatización

2.2.1. Reserva constitucional de Administración Pública y Administración de soberanía

La afirmación constitucional de la existencia de una actividad administrativa con funciones propias ex artículo 106.º CE está dotada de contenido y significado precisos. La reserva constitucional de Administración está formada por la función de dirección política y la función ejecutiva de policía y de fomento. Estas funciones públicas soberanas, y que realizan los fines propios del Estado, conforman no solo el reducto constitucional donde la Administración no puede recurrir al derecho privado, sino también el ámbito material que no puede serle sustraído. En definitiva, la actividad de la Administración que no puede ser privatizada. La dirección política nace en el Gobierno y se ejecuta a través de la Administración territorial. Ni el Gobierno como órgano constitucional que es puede privatizarse, ni la Administración territorial, por ser la principal destinataria de la garantía institucional de Administración Pública.

La prohibición de privatización de la reserva constitucional de Administración es especialmente patente en el caso de la actividad de policía. Así, la función de garantizar la seguridad ciudadana y la misión de proteger el ejercicio de los derechos y libertades, es una competencia exclusiva de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado –artículo 104 CE y artículo 1.1 de la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad–. La atribución exclusiva de estas funciones a la Administración es una consecuencia del Estado democrático de derecho, que conlleva el monopolio por parte de los poderes públicos del *ius puniendi*, y su subordinación a la soberanía popular.

8. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "Reflexiones sobre las privatizaciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 144 (Septiembre-Diciembre 1997), p. 7 a 42.

9. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "Reflexiones...", *op. cit.*

10. GÓMEZ-REINO CARNOTA, E., y ABEL VILELA, F. A. DE, "Privatización, eficiencia y responsabilidad patrimonial del Estado", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 4, 2003.

11. SORIANO GARCÍA, J. E., *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993, p. 1 a 37.

Igualmente otras actividades administrativas de policía como la de regulación y sanción son exclusivas del Estado. Por esta razón la Administración es independiente y ejerce principalmente estas funciones que no pueden ser privatizadas. Tampoco es posible privatizar la Administración penitenciaria, dada la función de soberanía que esta desempeña.

La prohibición de privatización de las funciones de soberanía no solo se extiende a la privatización sustancial –venta de la Administración–, sino también a la privatización funcional de la gestión. En este aspecto la Administración no puede ser gestionada a través de los particulares.

No se puede olvidar que para el cumplimiento de funciones públicas es precisa una posición de autoridad, por lo que estas funciones no pueden ser realizadas por un particular, ya que todos los ciudadanos son iguales y ninguno puede imponer su voluntad a otro si no es mediante el ejercicio de alguna potestad concedida por los poderes públicos. De la misma manera, la Constitución prohíbe privatizar la reserva constitucional de otros poderes del Estado. Las actividades de legislar, juzgar y ejecutar lo juzgado son funciones inequívocamente públicas del poder legislativo y del poder judicial, y por tanto inaccesible a los particulares.

En este aspecto no es de aplicación la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, por cuanto quedan excluidas de la Directiva las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública. La exclusión consignada en el artículo 2, apartado 2, letra i), refleja lo dispuesto en el artículo 45 del Tratado CE, con arreglo al cual las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública no se so-

meten a las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios.¹² Esta exclusión, de conformidad con la jurisprudencia del TJCE, solo abarca actividades específicas, no profesiones enteras.¹³

La determinación de si ciertas actividades están vinculadas o no de manera directa o específica al ejercicio de la autoridad pública, no es cuestión que pueda decidir unilateralmente un Estado miembro, sino que ha de evaluarse con arreglo a los criterios generales establecidos por el TJCE. Así, el mero hecho de que un Estado miembro considere una actividad como ejercicio de autoridad pública, o que sea desempeñada por él, por un órgano administrativo o por una entidad a la que se hayan asignado tareas públicas, no significa que tal actividad encaje en lo dispuesto en el artículo 45 del Tratado CE. Cuando se enfrenten a casos en los que tengan que evaluar si una actividad de servicios cae dentro del artículo 45 del Tratado CE, con lo que quedaría excluida de la Directiva de servicios, los Estados miembros deberán tener en cuenta el estrecho ámbito de aplicación que el TJCE ha reconocido al referido artículo.¹⁴

Se podría discutir si la función de arbitraje es o no una especie de privatización de la Administración de Justicia. Téngase en cuenta que mediante el arbitraje dos o más partes en conflicto deciden que no sea un juez, sino un árbitro, el que resuelva su conflicto, con sujeción al derecho “arbitraje de derecho”, o a su leal saber y entender “arbitraje de equidad”. Además, la resolución de dicho conflicto adopta la forma de laudo arbitral y tiene eficacia de cosa juzgada. Esto es, sobre esa cuestión y con las mismas partes en conflicto, los tribunales no pueden pronunciarse, pues incurren en la excepción procesal de cosa juzgada.

12. Vid. *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios*, Luxemburgo, 2007, p. 11 a 14.

13. Sentencia de 9 de marzo de 2000, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-355/98; véase asimismo la sentencia de 29 de octubre de 1998, *Comisión contra España*, asunto C-114/97.

14. El TJCE ha declarado que el artículo 45 no atañe a las actividades de índole meramente auxiliar y preparatoria en relación con el ejercicio de la autoridad pública (sentencia de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, asunto 42/92), ni a las actividades de naturaleza meramente técnica, como las que conciernen al diseño, la programación y la operación de sistemas de proceso de datos (sentencia de 5 de diciembre de 1989, *Comisión contra Italia*, asunto 3/88). Por otra parte, hay varias actividades de servicios que el TJCE ha considerado ya excluidas del ámbito del artículo 45 del Tratado CE, como las de *avocat* (sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, asunto 2/74), las actividades de las empresas de seguridad (sentencia de 31 de mayo de 2001, *Comisión contra Italia*, asunto C-283/99; sentencia de 9 de marzo de 2000, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-355/98; sentencia de 26 de enero de 2006, *Comisión contra España*, asunto C-514/03), las actividades de auditores autorizados ante entidades aseguradoras (sentencia de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, asunto C-42/92), las actividades de diseño, programación y operación de sistemas de proceso de datos (sentencia de 5 de diciembre de 1989, *Comisión contra Italia*, asunto 3/88), las actividades llevadas a cabo en el marco de contratos relativos a los locales, suministros, instalaciones, mantenimiento, funcionamiento y transmisión de datos necesarios para la gestión de una lotería (sentencia de 26 de abril de 1994, *Comisión contra Italia*, asunto C-272/91).

Pues bien, aunque pudiera parecer lo contrario, no estamos hablando de una privatización de la función de administrar justicia, por varias razones. Concretamente:

- El arbitraje solo procede cuando las partes han firmado un convenio arbitral, por el cual deciden que sus controversias presentes o futuras se resolverán por esta forma de justicia alternativa. Es fundamental la voluntariedad de las partes en conflicto. Si hubiera imposición, entonces el arbitraje sería inconstitucional.¹⁵

- Solo procede la solución arbitral cuando la cuestión litigiosa sea disponible. Esto es, cuando las partes puedan decidir libremente cómo darle solución, porque la controversia a dilucidar no afecte al orden público o *ius cogens*. De esta forma el orden público opera como límite infranqueable a la arbitrabilidad de un litigio.

- En el caso de que sea aplicable al proceso una norma imperativa, esta debe ser indefectiblemente aplicada por el árbitro.

- Finalmente, el laudo arbitral resultante de la sumisión de las partes en conflicto al arbitraje es susceptible de un recurso ordinario ante la Audiencia Provincial, pudiéndose fundamentar en algunos de los motivos de anulación recogidos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.

2.2.2. Administración prestacional no susceptible de privatización sustancial: seguridad social, centros educativos públicos y medios públicos de comunicación

Nos vamos a referir en este apartado a los servicios públicos propiamente dichos, prestados o no directamente por la Administración, lo que nos lleva indefectiblemente a plantearnos si son de aplicación la ya referenciada Directiva de servicios y las normas

de transposición de la misma (concretamente la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio,¹⁶ y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio).¹⁷ Como punto de partida debemos partir del concepto de servicios que utiliza la citada Directiva. Dicho concepto, de conformidad con el Tratado CE y la jurisprudencia vinculada del TJCE, engloba toda actividad económica por cuenta propia realizada normalmente a cambio de una remuneración, como se recoge en el artículo 50 del Tratado CE. Así, con arreglo al significado previsto en el Tratado CE y en la Directiva de servicios, para que una actividad constituya un "servicio" ha de realizarse por cuenta propia, es decir, ha de ser realizada por un prestador (que puede ser persona física o jurídica) al margen de un contrato de trabajo, y además debe realizarse normalmente a cambio de una remuneración; en otras palabras, ha de ser de naturaleza económica. Estas condiciones deben evaluarse caso por caso en cada actividad. El mero hecho de que una actividad sea realizada por el Estado, por un órgano de este o por una organización sin ánimo de lucro, no significa que no constituya un servicio conforme al significado recogido en el Tratado CE y en la Directiva de servicios. De conformidad con la jurisprudencia del TJCE, "la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que esta última constituye la contrapartida económica de la prestación que se discute". Es irrelevante que la remuneración sea abonada por el destinatario del servicio o por un tercero; en cualquier caso, cabe señalar que el TJCE, en el contexto de los servicios de educación prestados en el marco del sistema de educación nacional, declaró que las matrículas que los alumnos o sus padres deben abonar en ocasiones para contribuir

15. Vid. CARAZO LIÉBANA, M. J., "Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en materia de transporte (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995)", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 222, 1996, p. 1305 a 1319.

16. BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009. Según su Exposición de Motivos, "No se aplica esta Ley, siguiendo la Directiva, a los servicios financieros; los servicios y redes de comunicaciones electrónicas; los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios; los servicios de las empresas de trabajo temporal; los servicios sanitarios; los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos y la radiodifusión; las actividades de juego, incluidas las loterías; los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a la infancia y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas, proporcionados directa o indirectamente por las Administraciones Públicas; y los servicios de seguridad privada.

"Además, cabe señalar que la Directiva tampoco se aplica a las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública. En nuestro ordenamiento jurídico ello implica que los actos realizados por fedatarios públicos, así como por los registradores de la propiedad y mercantiles, quedan fuera de su ámbito de aplicación. La Ley tampoco se aplica al ámbito tributario."

17. BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2009.

en cierta medida a sufragar los costes de funcionamiento del mismo, no constituyen como tales una remuneración si el sistema se financia de todos modos esencialmente mediante fondos públicos.¹⁸

Ya en nuestro ordenamiento jurídico existen algunos preceptos constitucionales que obligan al legislador a mantener la continuidad de algunas Administraciones prestacionales, preservándolas de una completa privatización sustancial. Así, el artículo 41 CE establece que “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”. Ahora bien, esta actividad sanitaria no es exclusiva del Estado, siendo legítima *ab initio* la iniciativa privada. Aunque téngase en cuenta que entra dentro de los servicios excluidos en la Directiva de servicios. La exclusión recogida en el artículo 2, apartado 2, letra f), abarca “los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio”. Esto significa que no se excluyen los servicios que no se prestan a un paciente, sino al propio profesional sanitario o a un hospital, como los servicios contables, de limpieza, de secretaría o administrativos, el suministro y mantenimiento de equipos médicos y los servicios de los centros de investigación médica. Tampoco se excluyen las actividades no destinadas a mantener, evaluar o recuperar el estado de salud de los pacientes. Por ejemplo, las actividades concebidas para mejorar el bienestar o procurar relajación, como las que se realizan en centros deportivos o gimnasios, quedan reguladas en la Directiva y tendrán que ser consideradas en las medidas de transposición. Por otra parte, la exclusión de los servicios sanitarios solo abarca las actividades que se reservan a las profesiones de salud reguladas en el Estado miembro en el que se

presten. Por último, debe quedar claro que la exclusión de los servicios sanitarios abarca los servicios relativos a la salud humana y no debe extenderse a los servicios veterinarios, por lo que estos deberán ser considerados en las medidas de transposición.¹⁹

Asimismo, el artículo 27 CE reconoce el derecho a la educación, que obliga a los poderes públicos a garantizar una enseñanza básica obligatoria y gratuita. Además el artículo 27.5 CE afirma que “Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante (...) la creación de centros docentes”, y el artículo 27.6 dice: “Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”.

Por último, el artículo 20.3 CE señala que “La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado”. Este precepto impide la completa privatización y por tanto la desaparición de las empresas públicas de comunicación, con la finalidad de que los poderes públicos cuenten con instrumentos para garantizar el derecho a la información de los ciudadanos. Los servicios audiovisuales y de radiodifusión quedan excluidos de la Directiva de servicios.²⁰

Como puede observarse, los preceptos constitucionales mencionados obstaculizan la privatización sustancial de estos sectores de la Administración sanitaria, de la Administración educativa y del ente público RTVE. Ahora bien, no hay que olvidar que la prestación sanitaria y la enseñanza no son de titularidad exclusiva del Estado, sino que son actividades que, por propia voluntad del constituyente, los particulares pueden ejercer respetando la regulación sobre estas materias de los poderes públicos, en régimen de autorización y no de concesión administrativa. En todo caso los preceptos constitucionales hostiles a la privatización sustancial de la Administración Pública no representan un muro jurídico insuperable frente a los planes de privatización, ya que siempre es posible la reforma constitucional.²¹

18. *Vid. Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios, cit.*

19. *Vid. Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios, cit.*, p. 12.

20. La exclusión consignada en el artículo 2, apartado 2, letra g), abarca los servicios audiovisuales, es decir, aquellos cuya finalidad principal es la comunicación de imágenes en movimiento con o sin sonido, incluida la televisión y la exhibición de películas en cines, independientemente del modo en que se produzcan, distribuyan o transmitan. Abarca asimismo los servicios de radiodifusión.

21. Un ejemplo lo encontramos en Alemania con dos Administraciones –la *Bundesbahn* (Ferrocarriles Federales) y la *Bundespost* (Correo Federal)–, que eran Administraciones prestacionales, aunque también desarrollaban funciones de autoridad. Era opinión casi unánime que este precepto establecía la obligación constitucional (87.1 LF) de mantener una estructura organizativa específica de derecho público para el servicio de correos y de ferrocarril, lo que simultáneamente actuaba como prohibición general de la privatización. Fue necesaria, en consecuencia, una modificación constitucional para acometer dichas privatizaciones, reforma que

2.3. Actividades susceptibles de privatización

Ya hemos señalado que no es posible privatizar la seguridad social, los centros educativos públicos ni los medios de comunicación social dependientes del Estado. Ahora bien, en relación con las actividades que desarrolla la Administración fuera de su reserva constitucional sí cabe la privatización. Nos estamos refiriendo a dos categorías:

a) La actividad empresarial de la Administración, que debe desarrollarse en régimen jurídico privado respetando las reglas de la competencia. Aquí se puede plantear la privatización sustancial de las empresas públicas que desarrollan esta actividad económica en competencia con los particulares.

b) La actividad de servicio público y la actividad instrumental o de suministro, que pueden ser realizadas indistintamente a través del derecho administrativo o del derecho privado. Se caracteriza por ser una actividad de prestación positiva de bienes y servicios por parte de la Administración. La Administración goza de la titularidad de la actividad, que puede ser desarrollada, bien directamente, bien acudiendo a los concesionarios particulares (mediante la privatización de la gestión). La actividad de servicio público, al no pertenecer a la reserva constitucional de la Administración y al no ejercer estas funciones de soberanía, puede ser legítimamente privatizada.

Reiteramos la incorrección de incluir la actividad de servicio público dentro de las funciones públicas soberanas, y la Administración prestacional dentro de la de soberanía o intervención. No es inconstitucional la decisión política de privatizar las actividades calificadas como servicio público y de privatizar sustancialmente las empresas públicas que prestan estos servicios. Al mismo tiempo es plenamente constitucional la decisión contraria, es decir, el legislador sigue teniendo la posibilidad de reservarse distintos ámbitos materiales y declararlos servicios públicos, siempre dentro del marco del derecho comunitario.

3. La constitucionalidad de la privatización a la luz de la vinculación de los poderes públicos a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales

Para analizar si la privatización encaja en el ordenamiento constitucional vigente, es necesario analizarla a partir de las cláusulas y de los principios constitucionales del Estado de derecho, del Estado democrático y del Estado social, y del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales.

3.1. El principio de Estado social y democrático de derecho como límite a la privatización

3.1.1. Estado de derecho

En línea de principio, la privatización puede representar una defensa del Estado de derecho por una serie de razones. Podríamos indicar que con la actual dimensión del sector público es muy difícil un control efectivo sobre empresas públicas, que garantice en su actuación el respeto a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales. En consecuencia es una decisión más eficiente reducir el sector público para garantizar la adecuada prestación de servicios. Por otro lado, la privatización obliga a la Administración a centrarse en sus funciones tradicionales, que son las que justifican históricamente la existencia del Estado: seguridad pública, justicia, defensa, entre otras. Se podría defender, asimismo, que la privatización favorece la libertad de empresa –38 CE– y el derecho de propiedad –33.1–, ya que la actuación de las empresas públicas en el mercado no siempre respeta el derecho de la competencia. Para finalizar con esta argumentación a favor de la política de privatizaciones, podríamos subrayar que la privatización hace disminuir la presencia de los poderes públicos en la sociedad, fortaleciendo así las libertades individuales.

No obstante lo anterior, en determinadas circunstancias el Estado de derecho es también una barrera frente a las medidas privatizadoras. Concretamente la

se llevó a cabo en 1993 y 1994, mediante una modificación del artículo 87.1.1 LF y la adición de los nuevos artículos 87 e) y 87 f), según los cuales la oferta de servicios en los terrenos postal, de las telecomunicaciones y ferroviario ya no se realizará como tarea de la Administración Pública, sino que caerá exclusivamente en el ámbito de responsabilidad regido por el derecho privado de las empresas privadas surgidas en el ámbito del correo y de los ferrocarriles. Lógicamente la privatización ha obligado a separar claramente la actividad prestacional de la *Bundesbahn* y de la *Bundespost* de la actividad pública de soberanía, ya que esta última, al pertenecer a la reserva constitucional de la Administración, no es privatizable.

privatización es o debe ser una decisión legal, o por lo menos, no prohibida por la ley. En nuestro ordenamiento no existe ninguna prohibición legal expresa a la privatización (como sí ocurre en el caso alemán) con tareas municipales obligatorias.

Ello pone de manifiesto la conveniencia de que el Plan de privatizaciones se apruebe por Ley y se facilite así su control parlamentario. Que, además, debe establecer un procedimiento privatizador objetivo e imparcial con convocatoria pública y conocimiento de las condiciones de la oferta, y con unos criterios de adjudicación con suficientes elementos reglados que disminuyan la discrecionalidad, por motivos de seguridad jurídica y por la interdicción de la arbitrariedad. Ello es así porque, si bien hay decisión política en la opción de la privatización, no la hay en la de a quién adjudicar. En definitiva, la cláusula del Estado de derecho representaría un efecto inhibitorio de la privatización en el caso de las funciones públicas soberanas, pero en ningún caso supone una prohibición general a las privatizaciones.

3.1.2. El principio de Estado democrático como límite a la privatización

Nos planteamos aquí en qué medida puede afectar a la privatización la existencia del Estado democrático. Hemos de decir que privatizar equivale a disminuir el campo de extensión del control político, al reducirse el radio de acción de los poderes públicos. Ello no es inconstitucional, porque la plenitud del principio democrático no tiene nada que ver con una mayor intervención de los poderes públicos en la sociedad, y con el consiguiente incremento del control político.

3.1.3. El principio de Estado social como límite a la privatización

Una política de privatizaciones puede significar una defensa del Estado social, al menos por dos razones:

a) Supone concentrar los fondos públicos que realmente caracterizan al Estado social frente al Estado liberal (desempleados, tercera edad, disminuidos...)

b) Privatizar significa defender el Estado social, porque la actividad asistencial prestada por los particulares en régimen de concurrencia "puede ser" de mejor calidad que la prestada por los poderes públicos.

Ahora bien, la cláusula de Estado social obliga a los poderes públicos a "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad (...) sean reales y efectivas" y a

"remover los obstáculos que impidan (...) su plenitud" (artículo 9.2 CE). Igualmente los poderes públicos deben crear las condiciones favorables para el progreso social y económico, para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, y especialmente para alcanzar el pleno empleo (artículo 40.1 CE).

Además, el Estado social está íntimamente vinculado al Título VII CE, "Economía y Hacienda", especialmente por lo que se refiere a la habilitación de la iniciativa pública en la actividad económica y la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales. Nos planteamos si la posibilidad de intervenir en empresas cuando lo exija el interés general, o la previsión de la planificación de la actividad económica, supone un bloqueo a la privatización. Entendemos que no, pues no hay una obligación constitucional de que el Estado u otro poder público intervenga forzosamente en algún sector de la economía. Serán las circunstancias en cada caso las que determinen la conveniencia de la intervención económica estatal. Esto es, los preceptos del Título VII de la Constitución no se oponen a los proyectos privatizadores.

En conclusión, se puede afirmar que la cláusula de Estado social no implica limitaciones jurídicas a las medidas privatizadoras. El Estado social recoge un conjunto de derechos sociales y económicos, pero no obliga necesariamente a que el Estado se transforme en Estado empresario. Salvo las excepciones comentadas en relación con los derechos de educación, salud e información, en el resto de los casos la conservación de un sistema público que preste servicios es una decisión tan legítima como lo es la privatización de los mismos, siempre que la actividad privada satisfaga convenientemente estos derechos sociales. Si no ocurriera así, la eficacia de los derechos sociales y la responsabilidad subsidiaria del Estado social obligarían a una intervención directa de la Administración. La privatización que sugerimos en el juicio de oportunidad implica mantener el mismo nivel de derechos sociales, pero abandonando la gestión directa de los servicios sociales que realiza el Estado.

3.2. El reconocimiento constitucional de derechos fundamentales como límite a la privatización. Los derechos de los funcionarios y de los trabajadores de las empresas públicas privatizadas

La privatización puede reducir indirectamente la eficacia de los derechos fundamentales en la sociedad.

Cuando se privatiza se disminuye el radio de acción de los sujetos sometidos a control y, por tanto, de los propios derechos políticos. Ello es así porque algunas empresas públicas en proceso de privatización provienen de la conversión de las antiguas Direcciones Generales de la Administración territorial y de Organismos Autónomos. Un claro ejemplo lo encontramos en el servicio de Correos. Hasta nuestros días, Correos ha ido evolucionando para adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad, cambios que han adquirido un ritmo de vértigo. En 1992, deja de ser una Dirección General para transformarse en Organismo Autónomo de carácter comercial, y cinco años después, en Entidad Pública Empresarial. En junio de 2001 estrena una nueva forma de gestión bajo un nuevo régimen jurídico: el de Sociedad Anónima Estatal.

Los Organismos Autónomos, al igual que las Direcciones Generales de la Administración territorial, cuentan con funcionarios y con personal laboral perteneciente a la Administración Pública –con un régimen semejante al de los funcionarios–, que han hecho oposiciones o pruebas selectivas para su incorporación. El problema es qué hacer con los funcionarios y con el personal laboral con un régimen específico cuando una Dirección General y un Organismo Autónomo se transforman en empresa pública, o cuando una empresa pública –una sociedad mercantil con participación pública– se privatiza. Pues bien, cuando se transforma una Dirección General o un Organismo Autónomo en una empresa pública, lo más conveniente es dar a los funcionarios la posibilidad de elegir entre dos salidas: a) la primera, sería prestar servicios en la empresa pública en calidad de personal laboral, permaneciendo como funcionarios públicos en situación de excedencia voluntaria; b) la segunda opción que tendrán los funcionarios de servicios de la Administración territorial o de Organismos Autónomos que se transformen en empresas públicas, es quedarse como funcionarios en el Ministerio al que estaban adscritos.

La situación se complica si estas empresas públicas son privatizadas –vendidas a los particulares–. Esta situación ha sido correctamente resuelta por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que reforma la Ley de la función pública 30/1984. Se da una nueva redacción al artículo 29.3, de forma tal que “Procederá declarar en situación de excedencia voluntaria a los funcionarios públicos cuando se encuentren en situación de servicio activo en otro Cuerpo o Escala de cualquiera

de las Administraciones Públicas, o pasen a prestar servicios en Organismos o Entidades del sector público y no les corresponda quedar en otra situación”. Normativa actualmente derogada por el Estatuto básico del empleado público (Ley 7/2007, de 12 de abril), que regula dicha situación de excedencia voluntaria de forma análoga a la legislación precedente.

También los derechos del personal laboral de las empresas públicas tienen que ser tenidos en cuenta cuando se inicia un proceso privatizador. Al privatizarse las empresas este personal queda fuera de todo vínculo con el Estado. Por ello es conveniente incorporar al contrato de venta una cláusula, en virtud de la cual el adjudicatario se compromete a mantener un determinado número de puestos de trabajo en la empresa, durante el plazo que en cada caso establezca el decreto que declare la privatización. El cumplimiento de este compromiso se puede garantizar mediante la inclusión de cláusulas penales adecuadas.

Atención especial merecen los problemas de personal si el proceso se produce en un sentido contrario, es decir, si una empresa pública se transforma en un Organismo Autónomo o vuelta al derecho público. El personal laboral de estas sociedades ha ingresado en las mismas sin ningún procedimiento que garantice el mérito o la capacidad, a diferencia del acceso a la plantilla laboral de la Administración Pública o de un Organismo Autónomo, para el que se requiere superar un concurso-oposición. La solución más correcta, desde el punto de vista constitucional, es exigir al personal laboral de las empresas públicas, como requisito para pasar a ser personal laboral del Organismo Autónomo, aprobar un conjunto de pruebas, sin perjuicio de que se valore también la experiencia adquirida en el desempeño de sus funciones en la antigua empresa pública. De esta forma se da cumplimiento a las exigencias constitucionales de respeto al mérito y a la capacidad –artículo 103.3 CE– y al principio de igualdad –en relación con otros trabajadores laborales de la Administración que sí han realizado las pruebas–, que son los límites constitucionales expresos a la libertad del legislador para desarrollar el derecho de acceso al empleo público del artículo 23.2 CE.

4. Consideraciones finales

Es evidente que estamos asistiendo a un importante momento de cambio en la Administración y en el

derecho administrativo. No obstante, el proceso de liberalización no está dando lugar a un repliegue de la actividad estatal y del derecho público, sino a su transformación. El Estado abandona la actividad de producción directa de bienes y servicios y la responsabilidad de la organización de la gestión de la misma, sea mediante la prestación directa o mediante la adopción de alguna de las formas de gestión indirecta. Esa función queda ahora en manos de la iniciativa privada. Sin embargo, ello no significa que los intereses de los ciudadanos en los sectores esenciales (agua, transportes, telecomunicaciones, gas...) queden al arbitrio del mercado.

La satisfacción de las necesidades de los ciudadanos en estos sectores sigue considerándose algo esencial por lo que el Estado ha de velar. La ruptura con la antigua forma de gestión de los servicios públicos no puede traducirse en un obstáculo para la obtención de determinados bienes y servicios básicos en condiciones de igualdad, regularidad, continuidad, calidad y asequibilidad de precios. La actividad de prestación se encuentra en franca retirada, pero sigue viva la significación ideológica del servicio público. Por ello, la actividad administrativa y el derecho administrativo no se han reducido, sino que simplemente han cambiado. Los objetivos siguen siendo los mismos, pero los medios para lograrlos son ahora bien distintos.

Se declaran determinados servicios como "servicios universales", se imponen a las empresas privadas determinadas obligaciones específicas, se asegura la universalidad, regularidad y razonabilidad de los precios de los servicios, y la Administración adquiere un nuevo papel sumamente importante: regular, supervisar y controlar los mercados para garantizar su funcionamiento.

En conclusión, nos encontramos ante el desmoronamiento de la concepción continental europea del servicio público, cuyo núcleo es la reserva de la titularidad del mismo por parte de las autoridades públicas, y el auge de la concepción anglosajona, de acuerdo con la cual los servicios de interés general son ofrecidos por empresas privadas bajo el control de la Administración. El derecho administrativo anglosajón se ha revelado en muchos aspectos más flexible y más coherente con la nueva filosofía de eliminación de monopolios legales, apertura de mercados y fomento de la competencia como formas de alcanzar una mayor eficiencia, reducción de precios y competitividad en una economía globalizada.

La Constitución puede justificar el proceso de privatización en términos de eficacia administrativa y de eficiencia y economía del gasto público (artículos 31.2 y 103.1), pero también impone sus límites: no se pueden transferir al sector privado funciones propias de la soberanía (como la Administración de Justicia), y además no puede desaparecer la presencia pública en servicios educativos o sanitarios, ni puede desaparecer un régimen público de seguridad social (artículo 41 de la Constitución).

5. Bibliografía

ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1993, p. 243 y 244.

BLANQUER CRIADO, D. V., *Introducción al Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GARRIDO FALLA, F., "Privatización y reprivatización", *Revista de Administración Pública*, núm. 126, Septiembre/Diciembre 1991, p. 7 a 26.

GIMENO FELIU, J. M., "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, Septiembre/Diciembre 1994, p. 149 a 211.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales", en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (COORD.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. V, Civitas, Madrid, 1991.

GÓMEZ-REINO CARNOTA, E., y ABEL VILELA, F. A. DE, "Privatización, eficiencia y responsabilidad patrimonial del Estado", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 4, 2003.

LINDE PANIAGUA, E., "La retirada del Estado de la sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, p. 31 a 50.

LÓPEZ PELLICER, J. A., "El servicio público y la habilitación de actividades prestacionales de interés general a particulares", en VV. AA., *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, 2000.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "Reflexiones sobre las privatizaciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 144, Septiembre/Diciembre 1997, p. 7 a 43.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "Las empresas públicas: reflexiones del momento presente", en VV. AA., *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel F. Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 1015 y ss.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años", *Revista de Administración Pública*, núm. 150, Septiembre/Diciembre 1999, p. 246 a 273.

OSBORNE, D., y GAEBLER, T., *La reinención del Gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1994, p. 53, 62 y ss., y 81 y ss.

PÉREZ MORENO, A., y MONTOYA MARTÍN, E., "Formas organizativas del sector empresarial del Estado en la era de las privatizaciones", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 39, Julio/Septiembre 2000, p. 53 a 103.

PIÑAR MAÑAS, J. L., "Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 133, Enero/Abril 1994, en especial p. 34 y 35.

PIÑAR MAÑAS, J. L., "Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 84, Octubre/Diciembre 1994, p. 553 a 573.

RIVERO ORTEGA, R., *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 140 y ss.

RUIZ-RICO RUIZ, G., "La libertad de empresa en la Constitución económica española: especial referencia al principio de la libre competencia", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 215, 1995, p. 223 a 258.

SERNA BILBAO, N. DE LA, *La privatización en España: fundamentos constitucionales y comunitarios*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.

TRIGO PORTELA, J., *Veinte años de privatizaciones en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2004.

TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

VILLAR ROJAS, F. J., *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993. ■

La proyección de la sentencia núm. 31/2010 del Tribunal Constitucional en el ámbito local

Eduard Paricio Rallo

Magistrado

1. Consideraciones previas sobre la naturaleza de la sentencia núm. 31/2010 del Tribunal Constitucional
2. La concepción de la Administración local en el Estatuto de Autonomía. Planteamiento general
3. La organización territorial y las veguerías
4. La financiación local
5. Otros
 - 5.1. Competencia sobre el régimen local
 - 5.2. El uso de la lengua catalana
 - 5.3. Consultas populares
 - 5.4. Función pública

Resumen

Este artículo reproduce la conferencia dictada en febrero de 2011 y analiza críticamente la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/2010. Se abordan los aspectos que afectan al ámbito local, tanto los de carácter general, referidos a la posición institucional de las Administraciones locales, como los aspectos particulares que el Tribunal ha abordado respecto al régimen jurídico ordinario de los municipios.

Palabras clave: *Administración local; régimen local; Estatuto de Autonomía de Cataluña; sentencia constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña.*

Abstract

This article reproduces the conference of February 2011 and analyses critically the judgment of the Spanish Constitutional Court nº 31/2010. The article tackles with both local law matters regarding to general institutional elements of local administrations and particular affairs that the Constitutional Court ruled about the ordinary legal system of city councils.

Keywords: Local Administration; Local Law; Autonomous Statute of Catalonia; Constitutional Court judgment regarding the Autonomous Statute of Catalonia.

1. Consideraciones previas sobre la naturaleza de la sentencia núm. 31/2010 del Tribunal Constitucional

La sentencia del Tribunal Constitucional nos ofrece una buena ocasión para hablar sobre argumentación jurídica; y lo es porque, desgraciadamente, la sentencia destaca en este aspecto.

Entiendo que desde un punto de vista estrictamente jurídico el resultado de un proceso judicial o la conclusión de un informe –esto es, el resultado de una cadena de argumentos jurídicos– tiene un valor tangencial. Lo determinante para nosotros es la argumentación y su calidad intrínseca.

Todos los juristas, independientemente del perfil o de la posición profesional que nos toque asumir, ejerceremos el derecho y argumentamos en términos jurídicos. Esa es la esencia de nuestro trabajo, y la excelencia del mismo radica en la calidad del argumento, no en su resultado.

Normalmente, la argumentación legal se desarrolla en un contexto de alta densidad jurídica, de forma que navegamos estrechamente guiados por preceptos normativos y doctrinas más o menos consolidadas. Sin embargo no siempre es así, especialmente en derecho administrativo. La realidad sobre la que opera el derecho público es sumamente variable y la velocidad de cambio de nuestro ordenamiento es rápida, de forma que con frecuencia los juristas nos vemos centrifugados hacia el límite del mundo jurídico conocido y estabilizado, quedamos colocados en terrenos en los que la trama jurídica se desvanece, enfrentados a problemas nuevos en los que no se trata ya de aplicar el derecho sino de construirlo. Ese es el terreno propio de la investigación, el campo limítrofe entre el universo jurídico conocido y el espacio exterior. Una frontera en constante expansión.

Nuestra herramienta de trabajo es la argumentación y es una herramienta sumamente dúctil. En derecho se puede defender casi todo. La argumentación se puede desarrollar desde la situación material de partida hasta la conclusión, como sucede en el método científico, pero también a la inversa. Una parte muy significativa del pensamiento jurídico se ha desarrollado precisamente hacia atrás, a partir de conclusiones condicionadas por unos intereses predeterminados, de forma que la argumentación es en este caso un ejercicio *ex post* que asume una función de justificación de una premisa o interés que viene dado. Una forma de argumentar que, por supuesto, resulta plenamente

legítima en derecho –la defensa de intereses–, aunque no en los ámbitos científico y jurisdiccional, donde argumentos y motivos deberían preceder a las conclusiones en la secuencia intelectual.

Este movimiento inverso no sería posible sin la amplia panoplia argumental que hemos ido construyendo durante siglos. Solo hay que observar las bases de datos. Constituyen un auténtico supermercado de argumentos donde se puede escoger con un gran margen de elección.

Para el Tribunal Constitucional es habitual enfrentarse a situaciones que están al límite del ordenamiento estabilizado. Como se ha dicho, los problemas que afronta el Tribunal pueden ser abordados a partir de argumentaciones bien variadas en una u otra orientación. En ocasiones la respuesta jurídica a un problema cae por su propio peso a partir de un precepto o conjunto de preceptos. Pero lo más frecuente es que haya que combinar preceptos y principios diversos, de forma que la respuesta se construye a partir de un equilibrio. Una respuesta que debe ser armónica con respecto a la totalidad de los valores en juego, de la misma forma que un científico no puede construir un modelo teórico a partir de un conjunto limitado de datos, dejando hechos o fenómenos fuera de la respuesta. En caso contrario el resultado no es más que una impostura intelectual, situación que sin embargo no nos es nada extraña a los juristas.

La cuestión es cómo se enfrenta el Tribunal a las situaciones que exigen una respuesta creativa. Para abordar esta cuestión hay que tener en cuenta algunos aspectos, como los siguientes:

- Independientemente de la posición del Tribunal Constitucional como clave que cierra la cúpula del sistema jurídico, su dirección no puede basarse exclusivamente en un acto de autoridad institucional. François Ost identifica tres tipos de juez. El primero es el modelo Júpiter, que responde a la concepción clásica de la magistratura: el juez se expresa a partir de actos de autoridad que no requieren explicación o justificación ya que su veredicto es ante todo un ejercicio de fuerza –no en vano el símbolo de Júpiter es el rayo–. Júpiter, como dios superior del Olimpo que es, resuelve los conflictos a partir de una decisión irresistible que se impone por sí misma, una decisión que se proyecta como un relámpago sobre los asuntos terrenales. Júpiter es el vértice de un sistema jurídico piramidal y su legitimación proviene de la posición superior que ocupa, sin más.

El segundo modelo es el juez Hércules, preocupado por la resolución de problemas, que procura que el mundo sea razonablemente sostenible, un objetivo ciertamente hercúleo. Es el juez asistencial, un ingeniero social.

Por último, Hermes es el dios de la comunicación, de la circulación y la fluidez, de forma que el juez herético actúa desde una concepción de la sociedad como red de relaciones sociales, y asume una posición de intermediación y de armonización de intereses contrarios.

Como se ha dicho, el Tribunal Constitucional ocupa una posición institucional que le otorga la autoridad máxima para resolver los problemas relacionados con la aplicación de la Constitución, ocupa la posición de Júpiter. Ahora bien, tal legitimación no es suficiente. En efecto, el Tribunal se expresa en un discurso jurídico, discurso que por otra parte se proyecta sobre el ordenamiento mucho más allá del concreto problema abordado y que pasa a formar parte del sistema jurídico. Por ello, no basta con que la doctrina del Tribunal Constitucional se limite a resolver los casos que se le plantean a partir de un acto de autoridad institucional –de un relámpago jupiterino–. Es necesario que el Tribunal se plantee también la resolución del problema real que subyace en el fondo del debate y es necesario que considere todos los valores e intereses en juego. Pero lo que es imprescindible en cualquier caso es que la respuesta se articule a partir de un discurso jurídico de calidad.

No basta con la legitimación institucional, es indispensable al mismo tiempo la legitimación que deriva de la corrección intelectual de la respuesta. Una legitimación que, por supuesto, no tiene su origen en la posición institucional, sino que depende del reconocimiento de la comunidad jurídica. La autoridad intelectual no se impone de arriba abajo, proviene del reconocimiento que los destinatarios y usuarios libremente otorgan a un sujeto determinado. La autoridad intelectual participa en este sentido del fenómeno de la mitificación –pauta consustancial al pensamiento humano–, en el sentido de que exclusivamente opera en sentido ascendente, de abajo arriba, un fenómeno que se produce independientemente de la voluntad del mitificado.

– En un segundo orden de cosas, no se puede olvidar que el Tribunal Constitucional no tiene legitimación democrática directa. En este sentido su legitimación es indirecta en la medida en que sus miembros son ele-

gidos –en parte– por las cámaras legislativas que sí ostentan una legitimación directa. De ahí que el Tribunal debe tener especial cuidado cuando aborda decisiones adoptadas por el poder legislativo.

Los Parlamentos no deben motivar sus decisiones. Las cámaras expresan la soberanía popular, de forma que el origen de sus decisiones radica en todo caso en la voluntad popular. La argumentación no es una pauta de legitimación en este caso.

Cuando el Tribunal Constitucional aborda una decisión legislativa, es necesario que lo haga con el grado de respeto y deferencia debidos a las cámaras de representación democrática. Ello quiere decir que el Tribunal debería respetar lo que es plausiblemente opinable –que es mucho en derecho–. Una deferencia que debe ser extrema en los casos en que la norma cuestionada ha sido objeto de plebiscito, como sucede en el caso de los estatutos de autonomía.

En segundo lugar, y en un contexto en el que la interpretación y la argumentación son bastante flexibles, el Tribunal debe legitimarse a partir de la calidad intrínseca de sus construcciones.

Ciertamente la jurisprudencia constitucional ha edificado doctrinas luminosas, pero también ha suscrito argumentaciones decepcionantes; planteamientos sofisticados y a la vez respuestas simplistas, incluso rudimentarias. Todas ellas tienen la autoridad que cabe atribuir a la jurisprudencia constitucional, pero solo las construcciones de calidad revisten la autoridad intelectual y moral que es indispensable. Una respuesta jurídica de calidad –independientemente de su dirección– se justifica por sí misma a partir de una legitimación moral que solo la comunidad jurídica puede reconocer. Una respuesta de bajo perfil intelectual se justifica a sí misma solo por la fuerza del poder, es una respuesta autoritaria, estrictamente jupiterina.

Estas consideraciones no critican necesariamente el resultado de la sentencia que ha emitido el Tribunal Constitucional a propósito del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Quizás el resultado sería el mismo o similar a partir de otros estilos de análisis, de interpretación y razonamiento. Sin embargo, lo determinante para un jurista no es tanto la conclusión como la argumentación empleada, y, en este sentido, la sentencia núm. 31/2010 no destaca precisamente.

Algunos ejemplos:

a) El Estatuto incluye una larga relación de competencias que atribuye a la Generalitat, buena parte de las cuales se califican como exclusivas. Como era

previsible, el recurso de inconstitucionalidad cuestionó especialmente este aspecto.

El caso es que los conceptos de competencia exclusiva, compartida y ejecutiva quedan específicamente definidos en sendos preceptos del Estatuto –artículos 110, 111 y 112–. En el caso de las competencias exclusivas el artículo 110 dispone lo siguiente:

“1. Corresponde a la Generalitat, en el ámbito de sus competencias exclusivas, de forma íntegra la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva. Corresponde únicamente a la Generalitat el ejercicio de estas potestades y funciones, mediante las cuales puede establecer políticas propias.

“2. El derecho catalán, en materia de las competencias exclusivas de la Generalitat, es el derecho aplicable en su territorio con preferencia sobre cualquier otro.”

Pues bien, el Tribunal Constitucional señala que la definición de categorías constitucionales no puede ser asumida por el Estatuto, dado que esta es una cuestión que corresponde en exclusiva al mismo Tribunal. Ello significa que el Estatuto no puede definir el alcance de las potestades que el propio Estatuto atribuye, aunque puede aceptarse este tipo de explicaciones con carácter meramente “descriptivo”. En tales términos el Tribunal admite la posibilidad de que el Estatuto incluya una definición de las categorías dogmáticas de competencia exclusiva, compartida y ejecutiva entendiéndose que, con ese carácter meramente descriptivo, las definiciones serán aceptables solo en la medida que coincidan con la doctrina del Tribunal en cada momento. Por lo tanto los preceptos tienen una vigencia o virtualidad indeterminada.

Llegados a este punto y al analizar la constitucionalidad de las diversas competencias que el Estatuto atribuye a la Generalitat, el Tribunal hace una primera reflexión en el sentido de que las diferentes competencias que el Estatuto reconoce no tienen necesariamente toda la extensión de la materia sectorial a la que se refiere su enunciado ya que, independientemente de que queden formuladas con carácter general, en realidad pueden quedar limitadas a una concreta potestad o función o a un aspecto parcial de la materia en cuestión. El Tribunal advierte que las competencias estatales no necesitan ser convalidadas en el Estatuto, de forma que tales competencias existen independientemente de que queden o no salvadas en los preceptos que definen las competencias autonómicas. En este contexto, se acepta la atribución de competencias exclusivas a la Generalitat –incluso acompañadas de

la expresión “en todo caso”–, porque sencillamente la competencia estatal es indiscutible. Así pues, en lo que se exceda, el precepto que atribuye competencias exclusivas tiene carácter meramente descriptivo y no afecta a la competencia estatal:

“(…) la atribución por el Estatuto de competencias exclusivas sobre una materia en los términos del art. 110 EAC no puede afectar a las competencias sobre materias o submaterias reservadas al Estado que se proyectarán, cuando corresponda, sobre las competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración, sin necesidad de que el Estatuto incluya cláusulas de salvaguarda de las competencias estatales (...).”

Estamos, pues, ante una interpretación conforme que lleva a mantener vigentes unos preceptos aunque desautorizando su interpretación gramatical.

Algunos casos concretos de esta argumentación tan paradójica:

– El artículo 131.2 EAC determina lo siguiente:

“Corresponde a la Generalitat, en materia de enseñanza no universitaria, con relación a las enseñanzas obligatorias y no obligatorias que conducen a la obtención de un título académico o profesional con validez en todo el Estado y a las enseñanzas de educación infantil, la competencia exclusiva que incluye:

“a) La regulación de los órganos de participación y consulta de los sectores afectados en la programación de la enseñanza en su territorio.

“b) La determinación de los contenidos educativos del primer ciclo de la educación infantil y la regulación de los centros en los que se imparta (...).”

El Tribunal constata la competencia estatal en esta materia: *“Es evidente la incidencia de diferentes competencias estatales sobre las materias referidas en dichos subapartados: regulación de órganos de participación y consulta en la programación de la enseñanza; determinación de los contenidos educativos del primer ciclo de educación (...) materias claramente encuadradas en el ámbito de la ‘educación’ y, por tanto, directamente afectadas por los arts. 27, 81.1 y 149.1.30 CE, determinantes de una serie de reservas a favor del Estado que, como tenemos repetido, no quedan desvirtuadas por la calificación estatutaria de determinadas competencias autonómicas como exclusivas, pues el sentido y alcance de esa expresión solo puede ser el que, con carácter general, admite, en su interpretación constitucionalmente conforme, el art. 110 EAC*

(...) las funciones comprendidas en las competencias de las que puede ser titular la Comunidad Autónoma de Cataluña (...) serán siempre y solo las que se derivan de la interpretación de la Constitución reservada a este Tribunal y, de no mediar la oportuna reforma constitucional, su contenido y alcance no será sino el que eventualmente resulte de la propia evolución de nuestra jurisprudencia."

– El artículo 151 EAC atribuye a la Generalitat de Cataluña la competencia en diversas materias de organización territorial, entre ellas la denominación, la capitalidad y los símbolos de los municipios y de los demás entes locales así como la determinación de los regímenes especiales. Una competencia que queda formulada como exclusiva de la Generalitat sin perjuicio del respeto a la garantía institucional derivada de los artículos 140 y 141 CE.

Pues bien, esa competencia exclusiva es realmente en los términos de la sentencia una competencia compartida con el Estado, ya que *"Se trata también aquí de potestades concretas que materializan la configuración de los entes locales de Cataluña de acuerdo con las bases que, en su caso, pueda dictar el Estado."*

– El artículo 160 EAC atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen local, específicamente en diversos aspectos que más adelante se abordarán. El caso es que esa competencia exclusiva de la Generalitat queda salvada por el Tribunal Constitucional sin el más mínimo retroceso de la competencia básica del Estado. En este sentido, se afirma que *"En conclusión, el art. 160.1 EAC, al reconocer a la Comunidad Autónoma las competencias examinadas en 'exclusividad', lo hace de manera impropia y no impide que sobre dichas competencias autonómicas puedan operar plenamente las bases estatales, específicamente las del art. 149.1.18 CE (...)"*.

b) Derechos y deberes de los ciudadanos.

El Estatuto incorpora en los artículos 15 a 54 una serie de derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña. Tal previsión fue impugnada por generar una situación de desigualdad y privilegio respecto a los ciudadanos de otras comunidades, con la infracción del artículo 139 CE.

Entre tales derechos ciudadanos se incluyen algunos estrechamente vinculados a la actividad local, como en materia de servicios sociales, de vivienda, medio ambiente, o protección de usuarios y consumidores. Unos derechos que vinculan a todos los poderes públicos de Cataluña y que constituyen a su vez

pauta de interpretación jurídica (artículo 37). Destaca por ejemplo el derecho a la buena administración, que obliga a las Administraciones a explicitar los estándares de calidad de los servicios.

Asimismo, el Estatuto incluye una serie de principios rectores que deben orientar todas las políticas públicas, y que se proyectan también en buena medida sobre competencias locales.

Pues bien, el Tribunal Constitucional entiende en primer lugar que, en el caso de los derechos estatutarios que coinciden con derechos fundamentales, el Estatuto solo podría reiterar los planteamientos generales de la Constitución sin incorporar ningún grado de desarrollo de los mismos, por más que revista la condición de Ley orgánica. El desarrollo de tales derechos podrá ser asumido por el Parlamento mediante una Ley ordinaria si resulta competente, pero no por el Estatuto.

En segundo lugar, el Tribunal entiende que en realidad tales derechos quedan vinculados a materias de competencia sectorial autonómica, que no son otra cosa que pautas para el legislador ordinario; y, como tales pautas, no generan por sí mismas una desigualdad respecto a los ciudadanos de otros territorios. Por ello no resulta admisible que los llamados derechos queden configurados en el Estatuto como auténticos derechos subjetivos y, por tanto, directamente exigibles por parte de los ciudadanos.

Pues bien, el caso es que el Estatuto define derechos que coinciden con derechos fundamentales (vivienda, educación, salud, medio ambiente...), y lo hace más allá de los enunciados constitucionales; esto es, incorporando un primer nivel de desarrollo.

Pero es que, además, el Estatuto configura tales derechos como derechos subjetivos susceptibles de ser invocados frente a las disposiciones y actos que dictan las Administraciones Públicas; y no solo son invocables, sino que, además, pueden ser defendidos ante la jurisdicción (artículos 37 y 38 EAC). Sin embargo, el Tribunal no anula estos preceptos, limitándose a una interpretación conforme que fuerza hasta extremos inverosímiles.

c) Otros casos significativos:

– El artículo 182 determina que la Generalitat designa o participa en la designación de los miembros de determinados órganos estatales como el Banco de España, la Comisión del Mercado de Valores, organismos económicos y energéticos, el Tribunal de Cuentas, etc., en los términos de la legislación aplicable. En este

punto la sentencia pone de relieve que *"corresponde al Estado hacer o no efectiva en cada caso con entera libertad la participación expresada, su concreto alcance y su específico modo de participación"*. Así pues, el Estatuto dispone al menos una participación en el proceso de toma de decisión de estos nombramientos, planteamiento que sin embargo no vincula al Estado, que puede o no hacerla efectiva.

– Lo mismo ocurre con la disposición adicional 3.^a EAC, que determina que la inversión del Estado en Cataluña en infraestructuras –excluido el fondo de compensación interterritorial– se equiparará al PIB por períodos de siete años. Pues bien, respecto a esta garantía el Tribunal despacha la cuestión de la siguiente manera: *"La disposición adicional tercera, apartado 1, debe, pues, interpretarse en el sentido de que no vincula al Estado en la definición de su política de inversiones, ni menoscaba la plena libertad de las Cortes Generales para decidir sobre la existencia y cuantía de dichas inversiones."*

En resumen, la sentencia realiza un esfuerzo titánico para salvar la mayor parte de los preceptos impugnados. Ahora bien, ese esfuerzo no se hace en los argumentos estructurales sino por vía de interpretación conforme. Una interpretación que se fuerza tanto que resulta una auténtica disociación entre el Estatuto que formalmente se mantiene después del cribado constitucional, y la significación que hay que dar a sus preceptos una vez interpretados por el Tribunal.

Está claro que el punto de partida de la sentencia es la literalidad de los preceptos estatutarios impugnados. A este pie forzado se añade el cuerpo de las doctrinas más clásicas de la jurisprudencia constitucional, doctrinas que no se ha querido revisar, ni siquiera flexibilizar. Pero es que, además, se deduce que el Tribunal ha asumido un tercer condicionante que es la voluntad de revisar lo menos posible el texto estatutario. Demasiados condicionantes y demasiado contradictorios entre sí. No es extraño que con tanto plomo en las alas la argumentación haya sido la primera víctima.

La sentencia incorpora en la parte dispositiva la interpretación conforme de 27 artículos o preceptos, pero en el cuerpo de la sentencia hay no menos de otras 50 interpretaciones conformes que no quedan reflejadas en la parte dispositiva.

Así pues, tras la sentencia del Tribunal Constitucional, el Estatuto ha pasado a ser una norma que no es posible entender sin un manual de instrucciones. Una norma que en muchos aspectos esenciales ya no dice

lo que parece o lo que se deduce de sus palabras; esto es, una norma fantasmal. El Tribunal Constitucional ha ido más allá de su función como legislador negativo para reconfigurar el Estatuto, hasta hacerlo irreconocible en muchos aspectos.

En definitiva, no existe correlación alguna entre la base dogmática que se utiliza y el resultado de la sentencia. Ciertamente no es imprescindible que cada uno de los extremos de la sentencia sea el resultado de una sólida argumentación de naturaleza jurídica. Muchos tribunales constitucionales fundamentan sus decisiones en argumentos sociológicos, incluso razones de simple sentido común. Ahora bien, lo que resulta indeclinable es mantener la coherencia lógica entre los postulados y el resultado, siempre en un proceso que en la función jurisdiccional debe ir de los fundamentos a la decisión, y no a la inversa.

2. La concepción de la Administración local en el Estatuto de Autonomía. Planteamiento general

Como es conocido, la Constitución de 1978 define tres niveles de Gobierno territorial. La posición de la Administración local queda determinada a partir de muy pocos preceptos: el artículo 137, que define la organización territorial del Estado en municipios, provincias y comunidades autónomas, todas ellas entidades dotadas de autonomía para la gestión de los intereses respectivos; los artículos 140 y 141, que definen respectivamente los rasgos básicos institucionales de municipios y provincias; y el artículo 141, referido a la suficiencia financiera de las Administraciones locales.

Este planteamiento, ciertamente escaso, deja inicialmente abierto el sistema de articulación de las Administraciones locales con los otros niveles de Gobierno. Así, inicialmente el sistema se podía organizar en una perspectiva federal o bien como un sistema de descentralización *sui generis*, esto es, a partir de un modelo propio y no adscrito a los estándares que ofrece el derecho comparado.

El sistema federal supone genuinamente la interiorización de las Administraciones locales en los poderes regionales. En este modelo los aparatos administrativos se configuran en cascada, de acuerdo con las ideas de Administración única y subsidiariedad. Los niveles de Gobierno superiores asumen funciones normativas,

de planificación y coordinación, y los niveles inferiores son los encargados de ejecutar. Se trata, por tanto, de un modelo descentralizado, y, a la vez, un modelo configurado en función del objetivo de eficiencia y economía de estructuras administrativas.

Así pues, en el momento en que se inició el desarrollo constitucional la alternativa que se planteaba era, bien la configuración de tres poderes relativamente autárquicos, bien la configuración de una Administración en cascada. En el primer caso, cada nivel de Administración queda dotado de su respectivo paquete competencial y el correspondiente aparato administrativo de ejecución, poderes implantados todos ellos simultáneamente en el territorio –modelo de Administración directa o binaria–. En el modelo de Administración en cascada los poderes superiores administran utilizando las estructuras de los poderes inferiores. En este último sistema, las Administraciones locales asumen un paquete de competencias propias que gestionan con autonomía, y al mismo tiempo ejecutan competencias superiores que asumen en una posición de dependencia, a partir de técnicas que conllevan una capacidad de dirección por parte de la Administración titular.

El caso es que los Estatutos de Autonomía incorporaron inicialmente referencias a la internalización de la Administración local en la Comunidad Autónoma a partir de la misma fórmula utilizada por el Estado, esto es, estructurando la organización territorial autonómica en los niveles de Administración local. Algunas comunidades fueron más allá de este planteamiento teórico, incluyendo la referencia a un principio de Administración indirecta autonómica a partir de los entes locales (Andalucía y Euskadi).

Esta es una cuestión que estuvo sobre la mesa en el debate que tuvo lugar en 1981 a propósito del desarrollo del fenómeno autonómico y las reticencias que generó; un debate que culminó en la LOAPA. Precisamente esta Ley apuntó a la conversión de las comunidades autónomas en niveles de planificación y coordinación, canalizando la ejecución a partir de las Administraciones locales. Para hacerlo posible la Ley introdujo nuevas fórmulas de Administración indirecta y de préstamo de competencias, como la asignación o la coordinación mediante unión de presupuestos. La posterior Ley de Bases del Régimen Local aplicó exclusivamente tal planteamiento a las diputaciones, entidades que quedaron interiorizadas hasta el extremo de que la competencia nuclear que les correspondía –la

cooperación– podía ser objeto de coordinación imperativa.

El caso es que la posibilidad de Administración indirecta y la viabilidad de un modelo federal en este aspecto quedaron cuestionadas por el Tribunal Constitucional a partir de la configuración de las Administraciones locales como instituciones de carácter bifronte –STC 84/1982–. Doctrina que enfatiza la relevancia estatal de municipios y provincias, y garantiza su relación directa con el Estado. A partir de tal planteamiento la incorporación de las Administraciones locales a la estructura autonómica no excluye ni puede limitar la correlativa virtualidad de las mismas en la estructura del Estado, ni puede amenazar la garantía institucional que la Constitución impone.

En este contexto el Estatuto de Autonomía de 2006 efectúa un intento de federalización de las Administraciones locales. Destaca en este sentido el artículo 2.3 que define a los municipios, las comarcas y las veguerías como parte del sistema institucional de la Generalitat, y no solo como entes en los que se organiza territorialmente la Generalitat como sucedía hasta el nuevo Estatuto. Coherentemente con este planteamiento, el artículo 160 atribuye de forma exclusiva a la Generalitat la competencia en materia de régimen local en aspectos como la regulación de las relaciones entre Administraciones locales, la atribución sectorial de competencias, el régimen de bienes y el régimen de órganos complementarios. Así pues, en estas materias se excluye inicialmente cualquier competencia estatal.

Asimismo, el Estatuto incorpora otras referencias al modelo federal como la consideración de la Administración de la Generalitat como Administración ordinaria en Cataluña –artículo 72.1–, aunque la disposición adicional 6.^a circunscribe tal planteamiento a los casos en que el Estado transfiera la competencia ejecutiva. También se enuncia el principio de subsidiariedad en la atribución de competencias a las Administraciones locales –artículo 84.3–.

Hay que tener en cuenta que el carácter bifronte de la Administración local es una construcción dogmática que tiene ya 30 años y se enmarca en un contexto muy diferente al actual, de forma que una revisión crítica del modelo no sería nada insólito.

Pues bien, la sentencia reitera su concepción de las Administraciones locales como instituciones bifrontes, de forma que admite la incorporación de las mismas a la estructura interna de la Generalitat pero sin que ello modifique en o más mínimo el carácter estatal de tales

instituciones, su indisponibilidad por parte de las comunidades autónomas, la integridad de las competencias estatales en la materia, y la capacidad de relación directa del Estado con las mismas.

Por otra parte, la sentencia cierra el paso a otros aspectos estatutarios vinculados a planteamientos federalistas, como la bilateralidad concebida como relación igualitaria de las comunidades autónomas con el Estado –especialmente en materia de financiación–, el concepto de ciudadano catalán como un concepto con entidad propia, o la misma reconducción de la idea de nación catalana a la de nacionalidad catalana.

En definitiva, la sentencia ratifica el cuerpo de doctrina más clásico sobre el régimen local, sin plantearse que se trata de una doctrina que data del año 1981, hace ya 29 años. Ha pasado mucho tiempo y las cosas han cambiado mucho. Entre otras cosas, en 1981 el fenómeno autonómico no se había generalizado, de forma que la Administración local tenía un sentido diferente del que puede tener actualmente.

3. La organización territorial y las veguerías

Uno de los aspectos más relevantes de la sentencia 31/2010 se refiere a la veguería. En efecto, el Estatuto define tal entidad como uno de los niveles ordinarios que integran el sistema institucional de Cataluña (artículos 2.3 y 83.1). La veguería queda concebida de forma ambivalente como ámbito territorial de desarrollo territorial de la Administración de la Generalitat, y a la vez como entidad local supramunicipal.

Así pues estamos claramente ante un reflejo de las diputaciones provinciales, incluso la finalidad esencial de la veguería en tanto que ente local consiste en la cooperación municipal. Pues bien, el artículo 91.3 dispone, en efecto, que los consejos de veguería sustituyen a las diputaciones, sin perjuicio de que la alteración de los límites provinciales deba hacerse según lo previsto en el artículo 141.1 de la Constitución, esto es, mediante una Ley orgánica.

Estas son las referencias que el Estatuto hace en cuanto a la caracterización de las veguerías.

El encaje constitucional de este nuevo ente tal como ha sido definido en el Estatuto ha generado un fuerte debate doctrinal, debate que se puede resumir en tres hipótesis interpretativas. La primera, según la cual estaríamos ante una nueva institución que nace en el Estatuto y que se añade a las ya existentes sin

afectarlas, de forma que la veguería sería la provincia catalana, que no afecta ni cuestiona la provincia española. La segunda tesis concibe la veguería como un nuevo ente creado por el Estatuto, que sustituye a la diputación como ente local. Finalmente, una tercera hipótesis entiende que la veguería no es más que la denominación de la provincia en Cataluña, de forma que el Estatuto se limita a introducir algunas peculiaridades en la provincia y en la diputación de régimen común, entre ellas, un cambio de nombre.

Es cierto que esta última tesis de identificación veguería-diputación es la que mejor encaje constitucional tiene, pero las cosas son como son. Entiendo que la configuración global de la veguería en el Estatuto no está en línea con la tesis de la adición ni la de la identificación. Estamos ante una sustitución sencillamente porque así lo establece el artículo 91.3.

Las veguerías quedan concebidas como un nuevo nivel de Gobierno cuya creación, modificación y supresión debe hacerse por Ley del Parlamento –artículo 91.4–. Unas entidades que deben sustituir a las actuales provincias. Así pues, las veguerías y los consejos de veguería nacen en una trayectoria de colisión con las provincias y las diputaciones provinciales, específicamente con la garantía institucional de las mismas según la configuración que de esta garantía ha efectuado la jurisprudencia constitucional más tradicional (STC 32/1981).

En efecto, no se puede entender que la veguería sea un simple cambio de nombre de la provincia sencillamente porque no es eso lo que dice el Estatuto. Por otra parte, el encaje de esta tesis en las previsiones del Estatuto genera varios problemas. En primer lugar, si la veguería coincidiera en el Estatuto con la provincia, su configuración debería ser consecuente con la garantía institucional de las provincias y también con su naturaleza bifronte de acuerdo con la jurisprudencia constitucional clásica. En segundo lugar, la veguería debería ajustarse a la configuración que la legislación básica hace de la provincia y las diputaciones, ya que, aunque el Estatuto tenga naturaleza de Ley estatal, no puede asumir la función de legislador básico de régimen local, de forma que debería respetar íntegramente la actual legislación básica. Asimismo, el régimen electoral de la provincia-veguería debe ser el que corresponda según la legislación electoral general. Finalmente, en caso de que la veguería se identificara con la diputación y los cambios se limitaran a la denominación y a aspectos institucionales no básicos, no procedería en ningún

caso la sustitución entre una y otra, dado que no hay sucesión si estamos ante la misma persona jurídica.

Pues bien, la sentencia aborda la cuestión a partir de un planteamiento esencialmente especulativo. En efecto, en primer lugar el Tribunal constata la necesidad de que la provincia siga existiendo en Cataluña. Sobre tal base el Tribunal analiza el Estatuto para constatar que la veguería se define como una división territorial que adopta la Generalitat para la organización territorial de sus servicios, circunstancia que por sí sola no afecta a la funcionalidad de la provincia como circunscripción territorial del Estado. En cuanto a la dimensión de la veguería como institución local, tampoco encuentra el Tribunal incompatibilidad alguna en que aparezca un nuevo nivel de Gobierno local supramunicipal orientado a la cooperación, siempre que este nuevo nivel no perjudique la existencia y autonomía de las diputaciones.

En definitiva, el Tribunal entiende que sería aceptable la veguería como un nuevo nivel de Administración local que aparece en paralelo a los existentes, singularmente en paralelo a la provincia.

Llegados a este punto, el Tribunal analiza la previsión del artículo 91.3 en el sentido de que los consejos de veguería sustituyen a las diputaciones –una previsión que contradice el anterior planteamiento–. En este punto el Tribunal se plantea una segunda hipótesis consistente en la posibilidad de que estemos ante un simple cambio de denominación: la sustitución de las provincias por las veguerías sería admisible si se tratara de un mero cambio de nombre de las diputaciones catalanas, que pasan a denominarse veguerías. Ahora bien, en este caso la composición de los consejos de veguería, el modo de elección de sus miembros y la definición de las competencias, corresponden a la legislación básica del Estado y no a una Ley del Parlamento como prevé el Estatuto.

En definitiva, el Tribunal admite las dos posibilidades; o bien se configura la veguería como un nivel de Gobierno y una nueva Administración supramunicipal propia de la Generalitat, que convivirá con las provincias y las diputaciones, o bien estamos ante un cambio de denominación. En el primer caso, estaríamos ante la inconstitucionalidad del artículo 91.3, en la medida en que dispone la sustitución de las diputaciones por los consejos de veguería. En el segundo caso sería inconstitucional el artículo 91.4, en la medida en que atribuye a una Ley del Parlamento la competencia de creación, modificación y supresión de las veguerías (al

tiempo provincias en este caso), y el desarrollo de su régimen jurídico, siendo así que esta posibilidad queda reservada por la Constitución bien a una Ley orgánica, bien a una Ley básica.

El caso es que el Tribunal se detiene una vez formuladas estas dos hipótesis, y no llega a determinar en cuál de las dos encaja la veguería definida en el Estatuto. En este punto el Tribunal parece entender que el Estatuto no fija un modelo predeterminado de veguería, sino que difiere al legislador ordinario la definición de un aspecto tan estructural de la nueva institución. Sea como fuere, cualquiera de las alternativas conlleva un margen de inconstitucionalidad en la previsión estatutaria, pero la sentencia no declara inconstitucional ninguno de los dos apartados del artículo 91 que pone en cuestión, sino que los somete a una interpretación conforme, sin más.

Este planteamiento resulta falaz en la medida en que, en primer lugar, el modelo de veguería no queda diferido a la futura legislación sino que está claramente perfilado en el Estatuto. Por tanto, no caben las hipótesis especulativas.

En segundo lugar, ni el Estatuto se plantea un simple cambio de denominación de las provincias ni se limita a crear un nuevo nivel institucional interno ajeno a las provincias. La veguería queda definida en su doble vertiente de circunscripción territorial y entidad local, como una institución de creación estatutaria y regulación catalana que es trasunto de la provincia y la diputación, a la que sustituirá. El Estatuto instituye y perfila un nuevo nivel de Gobierno justamente destinado a sustituir a las provincias.

La sentencia se limita a analizar por separado los preceptos que aluden a la veguería, para justificarlos en función de hipótesis heterogéneas, hipótesis que son incompatibles entre sí, sin considerar la institución en su conjunto. Una técnica que podríamos llamar de despiece, que consiste en analizar las partes, pero no el todo.

Hay que añadir que el análisis del Tribunal Constitucional tampoco aborda la cuestión desde la perspectiva de la competencia reservada al Estado para emitir la normativa básica de las instituciones provinciales y el juego de competencias al respecto. Esto es, se limita a confrontar el Estatuto con el artículo 141 CE, pero no con el artículo 149.1.18, aunque más adelante, cuando en el fundamento jurídico núm. 95 analiza la competencia de la Generalitat en materia de organización territorial, manifiesta claramente que la determinación,

creación o modificación de las entidades que configuran la organización territorial –v. gr., las veguerías–, no debe cuestionar la plena virtualidad de las bases estatales en la materia.

En definitiva, el Tribunal podría haberse planteado en su caso la posibilidad de matizar la doctrina de la garantía institucional, reconstruyendo dogmáticamente la misma o sencillamente dejándola de lado. Este era el camino para respetar las veguerías del Estatuto si esa era la intención, pero no el análisis incompleto de una realidad fraccionada. En este caso no ha sido el argumento el que se adapta a la realidad, sino la realidad la que es presentada según la conveniencia del argumento.

El caso es que el Parlamento aprobó el pasado 3 de agosto de 2010 la Ley 30/2010 de veguerías. Una Ley que confirma plenamente la caracterización ya mencionada de esta institución, que incluye la competencia del Parlamento para la creación, modificación o supresión de las veguerías, que atribuye a los consejos de veguería las competencias de las diputaciones, que dispone la subrogación de aquellas a todos los efectos y que regula el proceso de transición. Una sustitución que debería haberse realizado respecto a las cuatro diputaciones catalanas a partir de las elecciones locales de 2011, sin intervención de norma estatal alguna, norma que únicamente se prevé para una segunda transición a las siete veguerías.

4. La financiación local

Hasta el nuevo Estatuto, la capacidad de la Generalitat para intervenir en materia de Haciendas locales ha sido ciertamente mínima, prácticamente limitada a definir la participación local en los tributos propios y a ejercer el control financiero sobre los municipios.

La Constitución blinda inicialmente este ámbito al atribuir al Estado la competencia en materia de Hacienda general (artículo 149.1.14 CE), la competencia para definir las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18 CE) y la potestad originaria para instituir los tributos (artículo 133 CE). Además, la proyección del principio de autonomía local en la vertiente de autonomía del gasto limita también –en este caso por debajo– la capacidad de intervención autonómica. A partir de este planteamiento el Tribunal Constitucional ha elaborado históricamente una jurisprudencia muy restrictiva respecto a la capa-

cidad de intervención de las comunidades autónomas, saliendo al paso de los intentos que han hecho para entrar en este campo ya sea rechazando la introducción de criterios propios en la distribución del fondo de cooperación estatal (STC 331/1993), o limitando las tutelas financieras (STC 233/1999), o desautorizando la apropiación de porcentajes presupuestarios de las diputaciones (STC 48/2004) o impidiendo el condicionamiento del gasto provincial (STC 109/1998). Esta situación ha hecho que en el ordenamiento de Cataluña prácticamente no haya referencias a las Haciendas locales.

El Estatuto de 2006 ha introducido varias referencias a las Haciendas locales. El artículo 218.2 EAC atribuye a la Generalitat una competencia inicial en materia de financiación local, aunque en el marco de la normativa estatal. Esta competencia “puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los Gobiernos locales”. Se atribuye al mismo tiempo a la Generalitat la tutela financiera, competencia que era la única que aparecía en el Estatuto de 1979. El artículo 219 prevé la distribución autonómica de la participación municipal en tributos del Estado y también la distribución de subvenciones estatales incondicionadas. Dado que la introducción de criterios propios en el primer caso ha sido ya descartada por el Tribunal, el Estatuto se limita a introducir esta posibilidad respecto a la distribución de subvenciones incondicionadas, planteamiento que se justifica para responder a las peculiaridades del sistema catalán de Administraciones locales. Una distribución que habrá que hacer en todo caso atendiendo a la capacidad fiscal y las necesidades de gasto de los entes destinatarios.

Cabe destacar asimismo que el Estatuto introduce una garantía de financiación asociada a la atribución o traspaso de nuevas competencias (artículo 219), requerimiento que es indispensable para que entre en vigor la transferencia o delegación. Una garantía que no es nueva puesto que ya estaba reconocida en la legislación ordinaria, aunque no era habitual que las leyes de transferencia asumiesen efectivamente este compromiso. Pues bien, ahora el mandato alcanza rango de Ley orgánica y entra claramente en el bloque de constitucionalidad, de forma que el principio queda reforzado.

El Tribunal Constitucional aborda algunas de estas previsiones:

– Respecto a la eventual competencia legislativa de la Generalitat para establecer y regular tributos, la sen-

tencia determina que la creación de los tributos locales queda irremisiblemente asignada al Estado según los artículos 31.3 y 133 CE, de forma que no es posible intervención autonómica alguna: “Se trata, en suma, de una potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales.”

– Respecto a la capacidad para fijar los criterios de distribución de la participación local en los ingresos del Estado, el Tribunal constata la picardía del Estatuto cuando menciona la posibilidad de que la Generalitat introduzca criterios propios de distribución de los fondos que se reparten a cargo de los presupuestos autonómicos, siendo así que las asignaciones del fondo de cooperación estatal también se integran en estos presupuestos. Sin embargo, después de una interpretación sistemática el Tribunal ratifica su doctrina clásica, según la cual la Generalitat no puede mediatizar la distribución del fondo estatal de cooperación introduciendo criterios propios.

Este planteamiento se aplica también a la distribución de subvenciones incondicionadas, aspecto en el que el Estatuto introducía abiertamente un margen de decisión del Parlamento. Pues bien, en este punto el Tribunal reitera que la Generalitat no puede alterar los criterios fijados por el Estado en cuanto a la distribución de las subvenciones incondicionadas, aunque admite el precepto si se entiende que la intervención de la Generalitat se refiere a la posibilidad de vincular financieramente a las diputaciones respecto a la cooperación planificada a nivel autonómico. Una interpretación muy forzada, ya que el precepto se refiere a la intervención previa a la individualización de las subvenciones estatales, mientras que la interpretación del Tribunal Constitucional se refiere a algo totalmente diferente como es la vinculación de recursos provinciales ya contabilizados.

5. Otros

5.1. Competencia sobre el régimen local

– El artículo 160 EAC realiza la siguiente distribución de competencias en materia de régimen local:

“1. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el principio de autonomía local, incluye:

“a) Las relaciones entre las instituciones de la Generalitat y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre estos y la Administración de la Generalitat, incluyendo las distintas formas asociativas, mancomunadas, convencionales y consorciales.

“b) La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados por el artículo 84.

“c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos.

“d) La determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Generalitat y el funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos de estos órganos.

“e) El régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales.

“2. Corresponde a la Generalitat la competencia compartida en todo lo no establecido por el apartado 1.

“(...)”

– En cuanto al apartado a), el Tribunal Constitucional no encuentra obstáculo en que la Generalitat asuma la regulación de las relaciones que los entes locales puedan tener con la Generalitat, circunstancia que no afecta a las relaciones que puedan tener con el Estado de acuerdo con su naturaleza bifronte.

– Respecto al apartado b), la sentencia admite que la Generalitat tiene facultad para determinar las competencias o la capacidad de intervención de las Administraciones locales en las materias o los sectores que son de competencia autonómica: “(...) la competencia de la Generalitat para asignar competencias a los Gobiernos locales se circunscribe a las materias en las que el Estatuto atribuye competencias a la Comunidad Autónoma. (...) no existe vulneración de la competencia estatal para atribuir competencias a los entes locales en aquellas áreas en las que el Estado disponga de competencia *ratione materiae*, (...)”.

En este punto la trascendencia de la sentencia puede ser notable. En efecto, hasta ahora, el hecho de que el Estado y las comunidades autónomas tuvieran distribuidos los ámbitos materiales de actuación no impedía que el Estado determinara con carácter básico un mínimo irreductible de competencias de los entes locales, mínimo que hay que entender imprescindible desde la perspectiva de la garantía institucional (STC 32/1981) ya que

en efecto la misma existencia municipal conlleva, entre otras cosas, una capacidad de actuación garantizada. En este sentido, no se cuestionaba la competencia básica del Estado para reservar a los municipios determinadas competencias, incluso en materias de titularidad autonómica, aunque remitidas en su alcance material a la legislación sectorial. En este sentido, los artículos 25, 26 y 27 de la Ley de Bases del Régimen Local definen un núcleo competencial de los municipios, núcleo que en efecto se refiere en una parte notable a competencias sectoriales autonómicas como los servicios sociales, residuos, transportes, enseñanza o urbanismo. Pues bien, a partir del planteamiento de la sentencia esta posibilidad de que el Estado defina unas competencias municipales incluyendo materias de competencia autonómica puede entrar en duda, ya que el Tribunal afirma que corresponde a cada nivel de Gobierno atribuir a los municipios las competencias que correspondan en las materias que les son propias. Al menos, no se aclara si este planteamiento salomónico cuestiona la competencia básica estatal para definir un núcleo competencial mínimo, independientemente de la titularidad de la competencia sectorial afectada.

– El apartado c) del mismo artículo 160 atribuye a la Generalitat las siguientes competencias exclusivas:

“c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos.”

La competencia autonómica está formulada en cuanto a estas dos materias en términos bastante generales y claros. Pues bien, en este punto la sentencia efectúa la siguiente lectura: “(no existe) obstáculo constitucional para que la Comunidad Autónoma establezca el régimen de dichos bienes en las distintas áreas de competencia autonómica en las que haya atribuido competencias a los entes locales. En cuanto a las modalidades de prestación de los servicios públicos, que han de someterse al art. 149.1.18 CE, el precepto estatutario no atribuye a la Comunidad Autónoma el establecimiento de su régimen jurídico, sino tan solo la determinación concreta de los tipos y clases de servicios públicos entre los diversos posibles, lo que presupone el respeto a la competencia estatal ex art. 149.1.18 CE para fijar la normativa básica por la que se ha de regir cada uno de ellos.”

Así pues, la competencia de la Generalitat queda reducida de forma drástica sin tocar una palabra del artículo 160.1.b) EAC, de manera que la competencia exclusiva sobre el régimen de los bienes de dominio pú-

blico, comunales y patrimoniales, se limita a las especialidades que pueda haber por razón de una materia sectorial autonómica, y la competencia para establecer las modalidades de prestación de los servicios públicos se limita a determinar qué concreta modalidad organizativa corresponde para gestionar un determinado servicio público. Circunstancia que, formulada en estos términos, plantea una seria duda desde la perspectiva de la autonomía organizativa de las Administraciones locales.

– Respecto al apartado d) del artículo 160 EAC, la competencia exclusiva de la Generalitat para “la determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Generalitat y el funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos de estos órganos”, queda interpretada como una atribución que no se refiere a la determinación del régimen jurídico de tales órganos, como parece, sino a la posibilidad de aplicar la regulación existente, de forma que no se cuestiona la competencia del Estado para determinar las bases.

– Finalmente, el apartado 3 se refiere a la competencia exclusiva de la Generalitat para determinar el régimen electoral de los entes locales de creación propia, con la excepción de los constitucionalmente garantizados. La sentencia salva también este planteamiento por la vía de considerar que esta competencia autonómica exclusiva no cuestiona la competencia del Estado para restablecer el régimen electoral general, “competencia estatal que se extiende a todos los entes locales y que no precisa ser confirmada por el EAC”. Estamos nuevamente ante una competencia exclusiva de la Generalitat que, sin modificación alguna del precepto estatutario, pasa a ser una competencia compartida.

5.2. El uso de la lengua catalana

El artículo 6 del Estatuto define el catalán como lengua oficial de uso normal y preferente por parte de las Administraciones Públicas, además de constituir la lengua normalmente utilizada como vehicular en la enseñanza. Asimismo, se define el derecho de los ciudadanos a utilizar cualquiera de las dos lenguas oficiales y el deber de conocerlas. En este sentido, el artículo 32 reconoce el derecho de los ciudadanos a la opción lingüística ante las Administraciones Públicas, derecho que se establece respecto de cualquiera de las Administraciones presentes en Cataluña y que

conlleva el correlativo deber de las mismas de respetar la opción lingüística efectuada, incluso los órganos constitucionales y jurisdiccionales situados fuera del territorio catalán.

El artículo 50 reitera la utilización del catalán como lengua interna en las actuaciones de las Administraciones catalanas, empresas dependientes y concesionarios, así como la utilización externa en las comunicaciones con otras Administraciones y personas privadas, sin perjuicio del derecho de los ciudadanos –solo de los ciudadanos– a recibir las comunicaciones en castellano si así lo solicitan.

En definitiva, siguiendo el planteamiento de las leyes de normalización o política lingüística, el Estatuto desequilibra la paridad de las dos lenguas sobre la base de que el catalán no es solo una lengua oficial, sino que es al mismo tiempo la lengua propia. A partir de este planteamiento se define el catalán como lengua de uso ordinario en las Administraciones.

Pues bien, la sentencia no admite este desequilibrio, de forma que ambas lenguas oficiales deben ser de uso normal y preferente, y no solo el catalán. En consecuencia, la sentencia declara inconstitucional la expresión “preferente” en el artículo 6.1.

Un planteamiento que habrá de extenderse bien probablemente a la Ley de política lingüística y a los reglamentos municipales, ya que inicialmente ambas lenguas deben ser de uso equivalente en la actuación interna de las Administraciones. Ello no excluye que la Administración pueda usar internamente una u otra lengua oficial, pero no puede haber preferencia alguna, y en todo caso el derecho de los ciudadanos a recibir las comunicaciones en castellano se hará efectivo sin formalidades ni condiciones que conlleven obligaciones o cargas.

Asimismo, la sentencia niega por vía de interpretación el deber de los ciudadanos de conocer el catalán. Deber que hay que circunscribir al ámbito de la enseñanza y al de las relaciones de sujeción especial, pero que no puede ser generalizado.

Cabe destacar, asimismo, el pronunciamiento del Tribunal en el sentido de que las comunicaciones dirigidas a las instituciones estatales que no tengan su sede en Cataluña no son jurídicamente válidas, como tampoco resulta admisible exigir el uso de una determinada lengua en las relaciones entre los particulares, ya que la regulación de la lengua solo es admisible en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos, afirmación esta que, sin embargo, no se argumenta.

5.3. Consultas populares

El artículo 122 del Estatuto atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento y la convocatoria por parte de la Generalitat y los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, exceptuando el artículo 149.1.32 CE, que se refiere a la competencia estatal para autorizar consultas por vía de referéndum.

El Tribunal considera que el referéndum no es sino una especie dentro del género de las consultas populares, una modalidad caracterizada por dirigirse al cuerpo electoral; esto es, una consulta hecha a partir del censo, con intervención de la Administración electoral y con las garantías jurisdiccionales correspondientes.

Este planteamiento deja libre la posibilidad de consultas diferentes, dirigidas a otros colectivos.

En este sentido, el Tribunal admite la competencia exclusiva de la Generalitat, pero siempre respetando las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, título que permite al Estado abordar la cuestión.

He aquí otro caso de competencia exclusiva que deja de serlo, sin afectar para nada al precepto estatutario que establece aquella.

5.4. Función pública

El artículo 136 EAC atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal en los siguientes términos:

“a) La competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas catalanas y sobre la ordenación y la organización de la función pública, salvo lo dispuesto en la letra b).

“b) La competencia compartida para el desarrollo de los principios ordenadores del empleo público, sobre la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, deberes e incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.”

El Tribunal constata que corresponde al Estado determinar las bases de la función pública, lo que incluye según la jurisprudencia dictada hasta ahora “la norma relativa a la adquisición y pérdida de la condición

de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y el modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas". El Tribunal constata que no todas estas materias quedan salvadas en el apartado b) del precepto estatutario. En concreto, las materias básicas que no quedan reconocidas como de competencia compartida son las siguientes: promoción, carrera administrativa, responsabilidades, régimen disciplinario, creación e integración de cuerpos y escalas y provisión de puestos de trabajo.

Pues bien, en la sentencia se aborda el caso de la carrera administrativa, el régimen retributivo y el régimen disciplinario, materias respecto a las cuales se salva la competencia básica del Estado entendiendo que quedan comprendidas dentro del concepto de derechos y deberes, concepto este que sí queda definido en el Estatuto como competencia compartida. No se aborda el caso de las otras materias básicas que el Estatuto no reconoce como compartidas, como la promoción, las responsabilidades, la creación e integración de cuerpos y escalas y la provisión de puestos de trabajo. También quedan fuera otros conceptos actualmente incluidos en el EBEP y por tanto tratados por el momento como básicos, como las clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas, los derechos sindicales y la negociación colectiva, jornada, permisos y licencias, o los instrumentos de planificación y gestión de la función pública.

Ciertamente la situación se puede salvar ampliando el concepto de derechos y deberes para dar cabida en él a todas estas materias, o incluyéndolas entre los "principios ordenadores del empleo público", concepto que también queda definido en el Estatuto como competencia compartida.

Ahora bien, independientemente de que la flexibilidad de estos conceptos dé para tanto, hay que destacar que existe una contradicción entre la forma celosa en que el Tribunal se reserva la capacidad para definir las categorías y los conceptos constitucionales y la facilidad con la que, en el fragor de la argumentación sectorial, renuncia al propio sistema de categorías para aceptar una serie de categorías –supraconceptos– que según esta interpretación definiría de nuevo el Estatuto con una amplitud desconocida hasta el momento.

Otra cuestión que puede plantearse es hasta qué punto el artículo 136 EAC, en la interpretación del artículo 110, supone un replanteamiento de la distribución de las competencias en materia de cuerpos de habilitación nacional y un retroceso de lo debe considerarse básico según la jurisprudencia tradicional, jurisprudencia que hasta ahora ha incluido algunas funciones ejecutivas dentro de las bases que corresponden al Estado. Sin embargo, y a la vista de la interpretación que el Tribunal realiza del concepto de competencia exclusiva y del artículo 110, no se puede saber a ciencia cierta dónde estamos, probablemente en el mismo sitio.

Otro aspecto relacionado con la función pública es el referido a la determinación de los servicios mínimos en el caso de ejercicio del derecho de huelga. En efecto, el artículo 170.1.i) EAC atribuye a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de determinación de los servicios mínimos respecto a las huelgas que tengan lugar en Cataluña. En este punto el Tribunal reproduce un planteamiento ya antiguo en el sentido que "la autoridad gubernativa a quien corresponde determinar el mínimo de mantenimiento del servicio, a fin de preservar los derechos o bienes constitucionales comprometidos por la huelga, es aquella autoridad, estatal o autonómica, que tiene competencia y, por consiguiente, la responsabilidad política del servicio en cuestión", planteamiento que por su propio peso debería llevar a atribuir a los entes locales la competencia en los casos en que la huelga se proyecta sobre servicios locales. ■

La supresión de la Provincia en Italia

Mayte Salvador Crespo

Universidad de Jaén

Sabrina Ragone

Universidad Autónoma de Barcelona

1. **La entidad provincial en el “ojo del huracán”**
2. **La regulación y las funciones de la Provincia en Italia**
 - 2.1. Competencias relacionadas con la prestación de servicios
 - 2.2. Competencias relacionadas con las funciones de planificación, programación y coordinación
3. **La garantía constitucional de la Provincia en Italia**
4. **Las propuestas de abolición de las provincias en Italia**
 - 4.1. Los parlamentarios y las provincias en la actual legislatura: muchas propuestas, poco debate
 - 4.2. El Gobierno y las provincias en la actual legislatura: un camino retorcido hacia la sustitución de las provincias por otros entes “de área vasta”
5. **Reflexiones finales**

Resumen

La Provincia italiana, como en el caso español, es una entidad local garantizada constitucionalmente, que está formada por la agrupación de municipios limítrofes. Durante los últimos años ha sido además uno de los entes locales que más se han desarrollado, aumentando de forma notable sus competencias políticas, sus funciones administrativas y su carácter político-representativo. A pesar de ello, la Provincia no tiene un futuro garantizado. Hay un número creciente de iniciativas legislativas que se suceden con la intención de restringir o suprimir esta entidad local, en lugar de desarrollar su potencial en el marco de las tareas previstas en la Constitución. La decisión de suprimir la Provincia en Italia constituye un precedente que será muy difícil de ignorar en nuestro país. En este contexto el análisis de la situación en Italia puede resultar muy útil e ilustrativo.

Palabras clave: *Provincia; garantía institucional; reformas constitucionales; entidades locales.*

Abstract

In Italy, the Province, similarly to Spain, is a local entity that is constitutionally entrenched and composed by the aggrupation of adjacent towns. For the past years, the Province has been one of the local entities to develop more. It has notably increased its political powers, administrative tasks and its political-representative nature. However, the Province does not have a guaranteed future. Nowadays, there is a growing number of Bills aiming at the restriction or suppression of the Province instead of developing its potential under the Spanish constitutional framework. The suppression of the province in Italy is a precedent not to be ignored in Spain. In this context, the analysis of the situation in Italy can be very useful and inspiring.

Keywords: Province; institutional guarantee; constitutional amendments; local entities.

1. La entidad provincial en el “ojo del huracán”

La reforma constitucional propuesta por el Gobierno italiano puede suponer la eliminación de las 110 provincias existentes en el territorio italiano, y no solo las de menos de 300.000 habitantes o 3.000 kilómetros cuadrados de superficie como se propuso inicialmente. La reforma afectará también a las provincias de las regiones con estatuto especial. Solamente las provincias de Trento y Bolzano conservarán el mismo estatus.¹ La propuesta supone por tanto eliminar de la Constitución a la Provincia como ente estatal, lo que conlleva también su desaparición como división administrativa intermedia entre el Municipio y la Región.

Pero al igual que en España, en Italia, la idea de supresión de este nivel intermedio entre los municipios y las regiones no supone una novedad. También en Italia la Provincia ha estado permanentemente “bajo sospecha”, y no ha sido esta la primera vez que se ha visto envuelta en propuestas de abolición, al hilo, normalmente, de políticas de ahorro y contención del gasto público.

Estos cambios han corrido paralelos a la reforma para incluir el límite del equilibrio presupuestario en la Constitución, en la misma línea que países como Espa-

ña y Alemania, y han coincidido en el tiempo –no por casualidad– con el debate abierto en España sobre la posibilidad de suprimir las diputaciones, impulsado por las declaraciones del candidato socialista a las elecciones generales Alfredo Pérez Rubalcaba, y por las cartas enviadas por el Banco Central Europeo a Italia y España² sobre las medidas urgentes que debían adoptar ambos países para poder recibir las ayudas.

Lo cierto es que la crisis económica está planteando algunas soluciones que años atrás nos hubieran parecido inimaginables. Ahora ha llegado el momento de reflexionar sobre la utilidad de algunas Administraciones Públicas, de manera pausada y concienzuda y no a través de declaraciones apresuradas y faltas de fundamento. La razón que se ha puesto sobre la mesa por el Gobierno italiano ha sido la del ahorro, motivo que tampoco sería desdeñable en España. La puesta en marcha de este proceso en Italia, ofrece argumentos en España a todos aquellos que piensan que las diputaciones son prescindibles, por constituir un anacronismo del siglo XIX. Pero, sin duda, uno de los principales problemas con los que se encuentra la institución provincial en nuestro país es que sigue siendo una gran desconocida, porque no tiene visibilidad institucional, y acusa un déficit democrático por la elección de segundo grado de sus miembros, lo que las convierte en un blanco fácil para los ataques. Por este motivo, el pro-

1. Las provincias autónomas de Trento y Bolzano, pertenecientes a la Región especial de Trentino-Alto Adige, tienen un régimen especial y se caracterizan por el abanico de competencias legislativas que les reconoce la Constitución por antiguas razones de carácter histórico, lingüístico y geográfico. Esta ha realizado, a través de su estatuto especial y leyes regionales, un verdadero “federalismo provincial”. Además de las funciones habituales de carácter provincial, ejercen también determinadas funciones de carácter regional, incluyendo la potestad para dictar normas con rango de ley. Su régimen jurídico particular se regula en la Ley Constitucional 5/1948, de 26 de febrero, que les reconoce potestad legislativa en determinadas materias, si bien respetando los principios establecidos por la ley del Estado (artículos 11 y 12 de la Ley Constitucional 5/1948). Sobre el caso especial de las provincias de Trento y Bolzano puede consultarse M. BORDINI, “El papel de la Provincia en el sistema constitucional italiano. Reflexiones sobre las recientes hipótesis de reforma”, en *Anuario del Gobierno Aragonés 2010*, Institución “Fernando el Católico” de la Diputación Provincial de Zaragoza-Fundación Ramón Sáinz de Varanda, Zaragoza, 2011, p. 309 y 310. También L. MEDINA, “La distribución de competencias sobre entes locales en la República italiana”, en *Anuario del Gobierno Local 2009*, Fundación Democracia y Gobierno Local-IDP, Madrid, 2010, p. 356 y ss.

2. El Banco Central Europeo (BCE), envió el pasado mes de agosto una carta secreta al Ejecutivo de Silvio Berlusconi, tres días antes de reactivar su compra de bonos para ayudar a Italia y España. La misiva es un manual de instrucciones muy concreto sobre las “medidas urgentes” que Roma tenía que adoptar para reforzar su compromiso con la sostenibilidad fiscal. O lo que es lo mismo, para hacerse merecedora del balón de oxígeno. Entre las exigencias destaca la de reformar la Constitución para introducir una norma automática contra el déficit similar a la que aprobó el Parlamento español. La carta, cuyo contenido íntegro desveló *Il Corriere della Sera*, empieza advirtiendo al Gobierno italiano de que “la toma de medidas urgentes por parte de las autoridades italianas es esencial para restaurar la confianza de los inversores”, y, por lo que nos interesa de manera concreta, exige “una gran reforma de la Administración Pública con el fin de mejorar la eficiencia administrativa y la facilidad para hacer negocios”. Así, el BCE asegura que hay margen para “intervenir en el sistema de pensiones” y “reducir el coste de los empleados públicos”. También menciona a las Administraciones locales, cuyos gastos y deudas deberían estar bajo un “estricto control” del Estado.

Al igual que los medios italianos, los españoles también se hicieron eco de una carta enviada por el Banco Central Europeo a la ministra de Economía, Elena Salgado. La existencia de esta segunda carta, donde se daban directrices sobre posibles medidas a tomar por el Gobierno español, no ha llegado a confirmarse.

ceso que se siga en Italia va a constituir una referencia en nuestro país a la hora de ver cómo se resuelven los problemas de redistribución de servicios y funcionarios.

El debate abierto sobre la supresión de las diputaciones provinciales ha planteado la necesidad de racionalizar su estructura y realizar mejoras para ahorrar costes, con soluciones que van desde el propio adelgazamiento de las diputaciones hasta el impulso de otras fórmulas que ayuden a gestionar los servicios de los municipios y conseguir ahorro y rentabilidad, que pueden quedar lejos de su supresión sin más. Lo cierto es que en España hay diferentes modelos de diputaciones provinciales que funcionan también con distintos modelos de gestión y criterios de eficacia, y lo más pertinente sería analizarlos para ser capaces de extrapolar al resto los modelos que mejores resultados arrojen. Parece mucho más realista y acorde con nuestra tradición político-institucional apostar por una mejor gestión que conlleve también un menor coste; ofrecer a través de la institución provincial un valor añadido a los municipios, que son el principal "cliente" de las diputaciones. Potenciar servicios como la gestión de residuos o la extinción de incendios, que por economías de escala no pueden ser prestados de manera individual por los municipios, y asumir servicios que supongan para los ayuntamientos pequeños un importante ahorro de costes, pueden ser tan solo algunas vías encaminadas en esta dirección. Es posible que con la supresión de las diputaciones pueda ahorrarse en infraestructura política, personal fijo al servicio de estos órganos, asesores, etc., pero, teniendo en cuenta que estos servicios finalmente tendrán que ser prestados por otra instancia territorial, no se obtendría un ahorro equivalente, puesto que seguiría existiendo el "coste de las funciones", en gran parte absorbido por los gastos de personal, que deberían de asignarse a cualquier otra Administración Pública. Por este motivo quizás no estaría de más hacer un análisis del impacto real de su supresión antes de proceder a la misma.³

Otra cuestión es la constitucionalidad o no de la medida de suprimir las diputaciones en España, que sobrepasa el objetivo de este estudio y que no vamos a abordar. Lo que resulta evidente es que la decisión de suprimir la Provincia en Italia constituye un precedente que será muy difícil de ignorar en nuestro país. Cualquier proyecto de introducir racionalidad y ahorro en el mapa local español tendrá que tener en cuenta el proceso seguido en Italia, y más aún cuando diferentes fuerzas políticas han esgrimido la necesidad de evitar duplicidades administrativas e, incluso, abiertamente han apostado por la supresión del nivel provincial. En este contexto el análisis de la situación en Italia puede resultar muy útil e ilustrativo.

2. La regulación y las funciones de la Provincia en Italia

Italia, con 60 millones de habitantes, cuenta con 8.092 municipios y, hasta que se haga efectiva la reforma constitucional, con 110 provincias. En 1946, cuando se instauró la República, las provincias existentes eran 90, número que ha ido creciendo hasta 110, cuando en 2004 se aprobó la creación de otras tres, que se hizo efectiva en 2009. Las provincias italianas son unidades administrativas muy diferentes entre ellas. Desde un punto de vista demográfico y territorial, se caracterizan por su reducido tamaño, la mayoría de ellas cuentan con una población inferior a los 300.000 habitantes.⁴ Solo las tres provincias que corresponden a las tres ciudades italianas principales sobrepasan los 3 millones de habitantes: Milán, Roma y Nápoles. Turín supera los 2 millones, y cinco provincias más superan el millón de habitantes: Bari, Palermo, Brescia, Salerno y Catania. En estas nueve provincias reside aproximadamente una tercera parte de la población italiana.

En Italia, como en España, la Provincia es un ente intermedio entre la región y los municipios, cuyas funcio-

3. En Italia hay cálculos que sitúan el coste de las provincias en 16 mil millones al año. Pero si se analiza este coste atendiendo al peso de las provincias sobre el gasto público total en relación con otros ámbitos de Gobierno, la cifra resulta mucho menos llamativa. Como promedio, en los últimos años, examinando las Relaciones Unificadas sobre la Economía y las Finanzas Públicas predispuestas anualmente por el Ministerio de Economía y Finanzas, y los datos de que dispone la *Unione delle Province Italiane*, se constata que cerca del 60% corresponde al Estado central, el 23% a las regiones, el 15% a los municipios y poco más del 2% a las provincias.

4. El artículo 133 de la Constitución italiana regula la modificación de las circunscripciones provinciales y la creación de nuevas provincias, que requerirán en todo caso su aprobación mediante una Ley del Estado, a iniciativa de los municipios interesados y con la preceptiva consulta a la Región correspondiente. El texto refundido en materia de entes locales desarrolla y completa esta previsión constitucional, fijando, entre otros elementos, un límite demográfico mínimo para la constitución de nuevas provincias, señalando que su población no debe ser inferior a 200.000 habitantes (artículo 21.3).

nes administrativas se ampliaron en 2001 con la inclusión del principio de subsidiariedad en la Constitución. También, tradicionalmente, las provincias han sido uno de los puntos débiles del sistema de Gobierno local italiano, pues durante el proceso de regionalización iniciado a partir de los años 70 se planteó cuáles debían ser sus funciones en el nuevo marco regional, llegándose incluso a sugerir formalmente su posible supresión. Sin embargo, a partir de la Ley 142/1990, la Provincia experimentó un importante proceso de consolidación, reconociéndosele un papel importante en la programación y la planificación del territorio, así como en la gestión de determinadas competencias administrativas. Hay que tener en cuenta que inicialmente las regiones habían sido concebidas más como entes locales de gran tamaño que como entidades en paridad y competencia con el Estado central en el sistema italiano, y por tanto no es extraño que ambas se sintieran como competidoras por un mismo territorio. Sin embargo, la discusión constituyente sobre el binomio Provincia/Región se saldó, finalmente, a favor del mantenimiento de la segunda como entidad local, favorecida por la preocupación de los "regionalistas" de que pudiera ponerse en peligro la creación de un nuevo ámbito de Gobierno regional,⁵ si se optaba por prescindir del nivel provincial.

El resultado de este proceso ha sido que la Constitución italiana (CI) ha optado por una regulación uniforme para la Provincia y el Municipio, tanto en lo relativo a sus reglas de organización como de funcionamiento. Municipios y provincias no ofrecen diferencias en su regulación constitucional y se disciplinan de manera conjunta, tanto en el derogado artículo 128 como en el actual artículo 114.2 CI tras la reforma de 2001.⁶ Conforme al artículo 114 CI, "La República está constituida por los

municipios, las provincias, las ciudades metropolitanas, las regiones y por el Estado". En su apartado segundo, añade que "Los municipios, las provincias, las ciudades metropolitanas y las regiones son entes autónomos con estatutos propios, poderes y funciones según los principios establecidos en la Constitución". No obstante, el nivel supramunicipal de Gobierno se integra potencialmente con otros tipos de entidades locales, cuya previsión y regulación se deja en manos del legislador ordinario. En este sentido, el Decreto legislativo n. 267/2000, de 18 de agosto, por el que se regula el Texto único de las leyes sobre el ordenamiento de los entes locales (TUEL), prevé la existencia de las comunidades de montaña (*comunità montane*), las comunidades insulares o del archipiélago (*comunità isolane e dell'arcipelago*), y las uniones de municipios (*unioni di comuni*), reconociéndoles a todas ellas la condición de entes locales (artículo 2.1 texto refundido).⁷ Por su parte, el artículo 118 CI, se limita a establecer que "Las funciones administrativas están atribuidas a los municipios excepto cuando, para asegurar su ejercicio unitario, se confieran a las provincias, a las ciudades metropolitanas, a las regiones y al Estado, sobre la base de los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación".

Por su parte, en el artículo 3 del TUEL la Provincia se define como "ente local intermedio entre el Municipio y la Región, representa a la propia comunidad, cuida de sus intereses, y promueve y coordina su desarrollo". El artículo 6 atribuye a la Provincia el poder de aprobar su propio estatuto, en el que se regularán las normas fundamentales de su organización, las atribuciones específicas de los órganos de gobierno y de representación, más allá de las garantías y participación específicas que se prevén a favor de las minorías.⁸

5. Vid. S. CIMITARESE, "La garantía constitucional de la Provincia en Italia", en *Anuario del Gobierno Local 2009*, p. 371.

6. En el artículo 128 se decía que "las provincias y municipios son entes autónomos en el ámbito de los principios fijados por las leyes generales de la República que determinan sus funciones". Y, actualmente, el texto del artículo 114.2 (después de la modificación producida por la Ley Constitucional 3/2001) se limita a enunciar que los "municipios, las provincias, las ciudades metropolitanas y las regiones son entes autónomos con estatutos, poderes y funciones propios según los principios fijados por la Constitución". Los únicos elementos de diferenciación entre provincias y municipios previstos en la Constitución se encuentran, por un lado, en las varias declinaciones del principio de subsidiariedad relativo a la asignación de las funciones y deberes administrativos, pues, según el artículo 118.1 de la Constitución, las funciones administrativas están en principio atribuidas a los municipios, y a las provincias solo como primer ámbito subsidiario en caso de no adecuación de los municipios; por otro lado, en lo relativo a los procedimientos para la revisión territorial de los entes locales, respecto al cambio de las circunscripciones provinciales y a la institución de nuevas provincias, es necesaria una Ley del Parlamento nacional, mientras que para la institución de nuevos municipios o la modificación de su territorio solamente es necesaria una Ley regional. Vid. S. CIMITARESE, "La garantía constitucional de la Provincia en Italia", en *Anuario del Gobierno Local 2009*, p. 365 y ss.

7. Un análisis pormenorizado de todos ellos en F. VELASCO (dir.), *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 2010, p. 275 y ss.

8. El párrafo 4 desarrolla las modalidades de aprobación de los estatutos con particular atención a la mayoría necesaria y los plazos que hay que respetar.

Por lo que respecta a sus órganos de Gobierno, la Provincia cuenta en Italia con el Consejo (*Consiglio*), que cumple funciones de orientación y de control político-administrativo; el presidente (*presidente*), responsable de la administración; y la Junta (*Giunta*), órgano que colabora en la administración con el presidente, a quien corresponde la elección de sus miembros. Tanto el Consejo como el presidente son elegidos por sufragio universal y directo para un período de cinco años. Presidente y Consejo tienen una responsabilidad colegiada, de modo que la dimisión del presidente o la aprobación de una moción de censura, llevan necesariamente aparejada la disolución del Consejo y la necesidad de convocar nuevas elecciones.

Las diferencias entre municipios y provincias hay que buscarlas por tanto en las funciones que se atribuyen a cada ámbito de Gobierno, si bien ninguno de ellos goza de autonomía política y normativa, que se reserva al Estado y a las regiones.⁹ La Constitución indica tres tipos de funciones administrativas que pueden ser asumidas por las entidades locales italianas: funciones fundamentales (que correspondería concretar a la ley estatal); funciones delegadas o conferidas (que en función de la materia corresponderá concretar a la ley estatal o regional), y las denominadas funciones propias de difícil concreción, puesto que la Constitución no precisa cuáles son y cómo pueden identificarse.¹⁰

Conforme al artículo 118 CI, la Provincia debe ejercer todas aquellas funciones administrativas que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, adecuación y diferenciación, no puedan ser atribuidas al Municipio. A la vista del TUEL, las funciones atribuidas a la Provincia pueden dividirse en dos grandes categorías:

2.1. Competencias relacionadas con la prestación de servicios

El TUEL reconoce con carácter general a las provincias el ejercicio de todas aquellas funciones administrativas en

materias de interés provincial o de carácter intermunicipal. Partiendo de esta capacidad general, posteriormente el artículo 19.1 del Decreto legislativo 267/2000 concreta cuáles son dichas funciones, extendiéndose sobre sectores materiales muy diversos, especialmente en el ámbito del medio ambiente y la ordenación del territorio,¹¹ pero que también se extienden al turismo, la ocupación, la formación profesional, los servicios sanitarios, la educación, el patrimonio cultural o los transportes públicos, entre otros.

De este listado de funciones, de carácter no exhaustivo, podemos destacar el reconocimiento, como una de las funciones propias de la Provincia, de la de prestación de asistencia técnico-administrativa a los entes locales. Esta función de asistencia, especialmente en los supuestos de incapacidad de gestión municipal, implica para la Provincia la asunción de un nuevo rol en el sistema de las autonomías locales en Italia, puesto que supera su consideración como ente de programación intermedia, para configurarse como una Administración activa y de gestión en dicho sistema, con una vocación particularmente dirigida al ámbito supramunicipal, más en la línea de las funciones provinciales en España.

Estas actividades de cooperación se plasman en actividades muy diversas, desde la realización de obras de interés provincial a la suscripción de convenios para la cooperación legal, económica, estadística, y también en el desarrollo de proyectos comunes relativos a las ventanillas únicas (*sportelli unici*). Asimismo, la Provincia se considera como el Gobierno local preferente para el ejercicio de funciones regionales o estatales delegadas a los entes locales, por lo que dispone también de amplias funciones de carácter delegado. Por lo que se refiere a las funciones estatales atribuidas a la Provincia, el Decreto legislativo 112/1998, de 31 de marzo, de atribución de funciones del Estado a las regiones y los entes locales en actuación de la Ley 59/1997, de 15 de marzo, reconoce competencias a las provincias en materias tales como carreteras, transportes y educación.

9. Según se desprende del marco y límites fijados por la Constitución en el artículo 117.2, letra p), la competencia legislativa es exclusiva del Parlamento nacional en materia de "legislación electoral, órganos de gobierno y funciones fundamentales de municipios, provincias y ciudades metropolitanas".

10. L. DE LUCIA las califica de funciones misteriosas. Vid. "Le funzioni di Province e Comuni nella Costituzione", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/2005, p. 54. De igual modo, S. CIMITARESE también insiste en su difícil concreción, puesto que podrían ser en principio las que cada ente local decida autónomamente en relación con las exigencias de la colectividad local a la que representa. *Op. cit.*, p. 379.

11. En materia urbanística, y en particular por lo que a la ejecución de la legislación y de los programas regionales se refiere, la Provincia predispone y aprueba el Plan Territorial de Coordinación, que determina las directrices generales de ordenación del territorio.

2.2. Competencias relacionadas con las funciones de planificación, programación y coordinación

La Provincia desarrolla una importante actividad de programación, participando en la elaboración de los planes y programas a nivel regional. En este sentido, este ente local es el encargado de recoger y coordinar las propuestas municipales en relación con la programación económica, territorial y ambiental de las regiones. Y, por otro lado, la Provincia aprueba sus propios programas de actuación plurianual, ya sean estos de carácter general o sectorial, incluyendo los planes territoriales de coordinación.¹² Es precisamente esta función de programación propia la que contribuye a la consideración de la Provincia como “*d’area vasta*” (gran área), diferenciándola de otros niveles de Gobierno local. Antes de su aprobación, los planes y los programas provinciales deben ponerse en conocimiento de las regiones para que estas emitan su conformidad, no solo con respecto a las directrices regionales, sino también para que puedan controlar que se ha producido una participación efectiva de todos los entes locales interesados en su formación. Una vez aprobados por la Región, los entes y las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, se adaptan al Plan Territorial de Coordinación Provincial y toman en consideración los programas plurianuales provinciales.

El artículo 19.2 del texto refundido, al regular las funciones de la Provincia, también se expresa en este sentido, atribuyendo expresamente a las provincias, en colaboración con los municipios, la promoción y coordinación de las actividades y obras de interés provincial, ya sea en los sectores económico, productivo, comercial y turístico, ya sea en el social, el cultural y el deportivo. En este caso, debemos tener presente que, mientras que las actividades previstas en el apartado anterior suponían una gestión directa de los servicios, estas funciones de programación y coordinación derivan de una potestad concurrente con los municipios, pues la norma legal prescribe expresamente que deben

ejercitarse en colaboración con los municipios, atribuyendo, sin embargo, a la Provincia la función de promover dichas actividades.¹³

Hay, además, importante legislación regional relativa a las funciones provinciales. En aplicación del criterio de subsidiariedad, leyes regionales recientes atribuyen al Municipio todas las funciones administrativas que no correspondan a otros sujetos institucionales. Y, como complemento de esta medida, se establecen las funciones administrativas que corresponden a la Región y a las provincias.

A estas se añaden otras previstas, por ejemplo, en los decretos legislativos de actuación de la Ley 59/1997 (conocida como “Ley Bassanini”), que encaminó el proceso hacia el “federalismo administrativo”. Por su importancia, podemos mencionar las funciones relativas a los servicios para el trabajo y a las políticas para el empleo, hasta 1998 atribuidas a organismos periféricos del Ministerio de Trabajo.¹⁴

Sin embargo, algunas de estas competencias no han tenido una plasmación práctica para el ente provincial, fundamentalmente debido a la reticencia por parte de las regiones para descentralizar funciones administrativas a ellas atribuidas, desoyendo de este modo los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación del artículo 118 CI, por el que se pretendía ofrecer un papel más relevante a las entidades locales en determinados ámbitos administrativos.

Consecuentemente, después de las reformas de 2001, la distribución de competencias legislativas entre el Estado y las regiones en el ordenamiento italiano se sustenta sobre un criterio de tipo federal, conforme al cual al Estado formalmente solo le corresponden las competencias definidas en el listado del artículo 117 CI, mientras que todo lo demás se atribuiría a la competencia de las regiones, dando lugar a una suerte de régimen bifronte que atiende a las leyes del Estado y a las de la Región.¹⁵ El resultado es, como señala Civitarese, un sistema muy complejo, sustentado en torno a una relación trilateral y doblemente asimétrica entre Estado y regiones, Estado y entes locales, y regiones y

12. Un ejemplo de dichos planes provinciales está constituido por el PTCP (Plan Territorial de Coordinación Provincial), que es el que determina las directrices generales de ordenación del territorio, con especial atención a la localización “de las mayores infraestructuras y de las principales líneas de comunicación”, y dicta “líneas de intervención para la instalación hídrica, hidrogeológica e hidráulico-forestal”. *Vid.* M. BORDINI, *op. cit.*, p. 294.

13. *Vid.* F. CARINGELLA, A. GIUNCATO y F. ROMANO (COORD.), *L’ordinamento degli enti locali*, IPSOA, Milán, 2007, p. 229.

14. *Vid.* S. CIVITARESE, *op. cit.*, p. 380-381.

15. *Vid.* L. VANDELLI, “Las autonomías locales italianas hacia una nueva ordenación entre Estado y regiones”, en *Anuario del Gobierno Local 2006*, Fundación Democracia y Gobierno Local e Instituto de Derecho Público, Madrid-Barcelona, 2007, p. 214.

entes locales, en la que las regiones siguen jugando, a pesar de las reformas, un papel marginal.¹⁶ Desde arriba, porque la Corte Constitucional sigue fiel a una interpretación del artículo 117 CI conforme a la cual las regiones ordinarias, a diferencia de las que tienen un estatuto especial, no tienen competencias en materia de ordenación de los entes locales.¹⁷ Desde abajo, porque la reserva reglamentaria sobre la organización y el funcionamiento de los entes locales sigue estando en manos de los Gobiernos locales, restando, de este modo, ámbito de actuación a la legislación regional. Las regiones intervienen, y solo en parte, en la asignación de funciones administrativas a las entidades locales en las materias de competencia legislativa regional, y sobre la previsión de mecanismos de coordinación entre los distintos ámbitos de Gobierno local, para un ejercicio eficaz y eficiente de las propias funciones.¹⁸

En este ámbito, la diferencia sustancial entre Italia y España es que en Italia las regiones no han interiorizado a sus entes locales, pues estos constituyen una escala autónoma que, junto a los niveles regional y estatal, conforman el Estado tal y como se desprende del artículo 114 CI ya mencionado. En consecuencia, la Constitución establece y desarrolla múltiples mecanismos de relación directa entre los poderes central y local (control y colaboración), y atribuye al primero importantes funciones legislativas respecto del ordenamiento de los segundos.

En conclusión, la reforma en sentido federalista de la Constitución italiana ha incrementado sustancialmente las competencias legislativas regionales en materia de entes locales, pero, dada la estructura territorial compleja de la República, sigue asignando al Estado un importante papel en la definición del ordenamiento local. Las diferencias más llamativas entre las Constituciones italiana y española hay que buscarlas,

en principio, no tanto en el reparto de competencias legislativas entre los niveles central y regional, sino en la distribución de las funciones administrativas y en la posición del Gobierno local, más reforzado en la primera que en la segunda. Y ello sin perjuicio de que, en ambos casos, una imagen acabada del reparto competencial se obtiene solo a través del examen de legislación de rango infraconstitucional.

3. La garantía constitucional de la Provincia en Italia

Una vez analizadas la estructura y las competencias atribuidas a la Provincia por la legislación italiana, habría que plantearse si, conforme a la norma fundamental, es posible o no la supresión de la Provincia como nivel territorial intermedio entre las regiones y los municipios, o, lo que es igual, cómo se configura la garantía constitucional de la Provincia en Italia.

La reforma del Título V de la Constitución italiana parecía haber consagrado definitivamente la Provincia como un ente territorial intermedio entre el Municipio y las regiones, considerándose como uno de los elementos estructurales de la República italiana (artículo 114 CI). Así, de su configuración inicial como una simple Administración encargada de gestionar los servicios y funciones delegados por el Estado y las regiones, la Provincia aparece ahora como un nivel de Gobierno autónomo y necesario, representativo de los intereses de la comunidad provincial. Del artículo 133 CI, se desprende que la Constitución contempla a la Provincia, y no a cualquier otro ente, como el ámbito de Gobierno intermedio entre la Región y los municipios.

Con especial referencia a la Provincia, ha de considerarse que se trata de un ente necesario sobre todo el

16. Como se ha señalado, el artículo 117.2, letra p), de la Constitución, asigna a la competencia legislativa exclusiva del Estado la regulación en materia de elecciones, órganos de gobierno y funciones fundamentales de municipios y provincias. Puesto que estos "títulos competenciales" no cubren la materia (innominada) "ordenamiento de los entes locales", lo que queda por cubrir de dicha materia debería ser de competencia legislativa de las regiones según el artículo 117.4 de la Constitución, según el cual "corresponde a las regiones la potestad legislativa relativa a toda materia no expresamente reservada a la legislación del Estado". Vid. S. CIVITARESE, *op. cit.*, p. 382.

17. Sentencia de 30 de diciembre de 2003, núm. 373.

18. En este sentido, también el artículo 4 del TUEL: *Sistema regionale delle autonomie locali*, que configura un "sistema regional de las autonomías locales" por el cual "Según el artículo 117, primero y segundo apartados, y el artículo 118, primer apartado, de la Constitución, las regiones, que mantienen las funciones que atañen a exigencias de carácter unitario de los respectivos territorios, organizan el ejercicio de las funciones administrativas a escala local a través de los municipios y de las provincias". Y añade que "La ley regional indica los principios de la cooperación de los municipios y de las provincias, entre ellos y con la Región, a fin de realizar un eficiente sistema de las autonomías locales al servicio del desarrollo económico, social y civil". S. CIVITARESE, *op. cit.*, p. 376.

territorio nacional con una propia autonomía política, normativa, administrativa y financiera, capaz, por tanto, de desempeñar su propio papel de Gobierno local representativo de la comunidad provincial. La Provincia es un ente intrarregional, y la Constitución regula tanto la posibilidad de crear nuevas provincias “en el ámbito” de una Región como los procedimientos para modificar las circunscripciones provinciales.

Por tanto, las perspectivas de modificación del actual orden no pueden dejar de tener en cuenta el dato contenido en el artículo 133 de la Constitución,¹⁹ que expresamente encarga a la ley del Estado la creación de nuevas provincias o el cambio de los distritos ya existentes. Dicha facultad se puede ejercitar caso por caso, pero no de modo general como han pretendido algunos proyectos de ley. El artículo 133 de la Constitución representa un indudable límite a la discrecionalidad del legislador, el cual puede proceder a la “creación”, al “cambio”, en los límites arriba indicados, de las provincias; en cuanto a la supresión no se dice nada.

Pero, aunque el artículo 133 CI no prevé la hipótesis explícita de la supresión de la Provincia, no puede excluirse que una Ley del Parlamento –con el respeto de los vínculos procedimentales allí previstos– decida suprimir una o más provincias y, en última instancia, todas las existentes en una Región. Además, aunque la Constitución ha reconocido a las provincias, no estipula ni su número ni tampoco su importancia, dejando en manos de la ley ordinaria la posibilidad de cambios sobre las mismas.

Hasta la reciente propuesta por parte del Gobierno italiano del proyecto legislativo para introducir en la Constitución la abolición de la Provincia como ente local estatal, no se había producido ningún caso de unificación o supresión de las provincias existentes. Es más, durante los años noventa, tal y como ya se ha hecho mención, el denominado federalismo administrativo ha otorgado a la Provincia una nueva centralidad en el ordenamiento italiano. El ente provincial ha ido incrementando progresivamente sus funciones, a

pesar de que el principio de subsidiariedad opera en primer lugar en favor de los municipios, precisamente por la propia incapacidad de los municipios pequeños para poder desarrollar por sí mismos determinadas funciones. De modo que, lejos de suprimir provincias, la tendencia ha sido la de aumentar tanto su número como sus funciones.

La paradoja que ofrece el sistema italiano es que, aunque la naturaleza de la Provincia es la de un ente intrarregional, no corresponde a las regiones decidir sobre el ámbito de Gobierno provincial, lo cual sería lógico en aras de una mejor racionalización u organización interna de este nivel conforme a las características propias de cada Región. Sin embargo, cualquier modificación que tenga que ver con las mismas corresponde al Parlamento nacional.²⁰

A día de hoy, la Provincia es un elemento constitutivo de la República según el claro dictado de los artículos 5 y 114 de la Constitución, y, como tal, no es suprimible sino mediante ley constitucional; esta ley constitucional, sin embargo, tendría el límite de su necesaria conformidad con los principios fundamentales a los que la Corte Constitucional reconoció una importancia sustancial.²¹ Sin embargo, esta garantía constitucional no ha impedido la constante proliferación de propuestas, tanto desde los sectores de la izquierda como de la derecha, encaminadas a su supresión, que se analizarán en los siguientes epígrafes.

4. Las propuestas de abolición de las provincias en Italia

Los argumentos que de manera tradicional se han venido sosteniendo para justificar la supresión del nivel provincial han sido, fundamentalmente, la indefinición de su papel, la escasa importancia de sus funciones, y el más repetido ha sido y sigue siendo su elevado coste, agravado por la situación de crisis económica.²² Estos argumentos han colocado a la Provincia en el punto de

19. El cambio de los distritos provinciales y las instituciones de nuevas provincias en el ámbito de una Región, están regulados con leyes de la República, bajo iniciativa del Municipio, oída la Región misma.

20. Conscientes de este problema y en consonancia con el giro federalista del ordenamiento italiano de los últimos años, se impulsó un Proyecto de ley de revisión constitucional para modificar el artículo 133 CI, para otorgar a la ley regional poder de modificación de las circunscripciones provinciales y permitir a las regiones que pudieran articular internamente su territorio de la manera más acorde con la voluntad de su población.

21. Se pueden consultar al respecto las sentencias de la Corte Constitucional italiana 18/1982; 70/1984 y 1146/1988.

22. Esta perspectiva se encuentra también en los estudios contenidos en Silvio BOCCALATTE (ed.), *Abolire le Province*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008 (especialmente p. 73 y ss.).

mira de las fuerzas políticas siempre que se plantean la reducción de costes o la simplificación burocrática, explicando también la proliferación de propuestas para su abolición.²³

En las actas de la Asamblea constituyente ya se encuentran posiciones favorables a la eliminación del nivel intermedio entre municipios y regiones. En el Comité creado dentro de la segunda Subcomisión de la denominada “Comisión de los Setenta y Cinco”, que se ocupó de las autonomías territoriales, fue dominante la idea de considerar a la Provincia como circunscripción regional. Acalorado también fue el debate en el seno de la misma Subcomisión (dedicada a la organización constitucional del Estado) cuando se enfrentaron los sostenedores de los argumentos a favor y en contra del mantenimiento de las provincias como entes autárquicos. El texto que la Comisión de los Setenta y Cinco propuso finalmente preveía que el territorio italiano estuviese dividido en regiones y municipios, y que las provincias fuesen entes de descentralización regional y estatal. No fue hasta el último momento, en la votación final del Pleno de la Asamblea constituyente, cuando se modificó el texto del artículo para afirmar que “*La Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni*”.

La cuestión se presentó de nuevo en los años '70 especialmente porque el Partido Republicano (PRI), contemporáneamente a la institución de las regiones, planteó el problema del mantenimiento de las provincias. En aquella determinada coyuntura, el PRI afirmó repetidamente –aunque sin éxito– que sería oportuno evitar duplicidades inútiles y costosas, eliminando un nivel territorial mientras se creaba uno nuevo.²⁴ En 1977, este partido llegó a presentar a la Cámara de los Diputados una propuesta de ley constitucional²⁵ que proponía la transferencia de las competencias provinciales a las regiones. Los argumentos que se utilizaron para justificar esta transferencia de funciones fueron

que se trataba de un ente anticuado y superado, en la medida en la que muchos servicios se realizaban más allá de los términos provinciales; que estaba dotado de una estructura rígida y burocrática; que no era capaz de configurarse como un verdadero ente intermedio entre regiones y municipios; que tenía unos costes muy elevados en comparación con las funciones a ella encomendadas y en comparación con los de otras entidades con atribuciones más numerosas e importantes. El PRI sostuvo esta lucha, tan solo con el apoyo puntual en algunos casos de los liberales.

La nueva ocasión para volver sobre el tema tuvo lugar en el año 1990, durante la regulación de las autonomías locales en la Ley n. 142.²⁶ En los años siguientes el centro del debate fue el alcance de las funciones administrativas de los entes locales, y en los trabajos de la Comisión bicameral de 1997 se manifestaron ideas muy diferentes acerca del futuro de la Provincia. Algunos proponían reforzar su autonomía, otros someterlas al control regional y otros privarlas de la garantía constitucional, eliminándolas del texto. También se planteó ya en este momento la posibilidad de su equiparación a los demás entes territoriales, objetivo que se consiguió después de la reforma constitucional de 2001.

Es interesante recordar el Proyecto de ley constitucional n. 1152 de 2006, presentado al Senado.²⁷ En esta ocasión la supresión de las provincias se situaba en el marco de una reestructuración global de los entes estatales, dirigida a redimensionar los gastos y que propuso como primera medida la reducción del número de los parlamentarios. La iniciativa partía de la situación de los años '90 caracterizada todavía por un fuerte centralismo que estaba experimentando una profunda crisis político-institucional. Esta situación impulsó la adopción de medidas orientadas a la reforma en la planta territorial, que culminaron en las reformas constitucionales de 1999 y 2001.

23. En este sentido, FRANCESCO CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 2003, p. 950. Véase la reconstrucción de Gerardo NICOLOSI, *Per una storia delle amministrazioni provinciali*, en *Le Carte e la Storia*, n. 1, 2000, p. 158 y ss.

24. Véase el Orden del día presentado el 6 de abril de 1976, durante la discusión del Proyecto de ley “Norme sul decentramento e sulla partecipazione dei cittadini all’amministrazione del Comune”.

25. Véase la Propuesta n. 1597, de 4 de julio de 1977, titulada “Soppressione dell’ente autonomo territoriale Provincia: modifica degli articoli 114, 118, 119, 128, 132, 133 e della VIII disposizione di attuazione della Costituzione; abrogazione dell’articolo 129 della Costituzione”, iniciativa de los diputados Biasini, La Malfa Ugo, Mammi, Agnelli Susanna, Ascari Raccagnini, Bandiera, Battaglia, Bogi, Bucalossi, Compagna, Del Pennino, Gunnella, La Malfa Giorgio, Robaldo.

26. Ley 142/90, de 8 de junio, por la que se aprueba el ordenamiento de las autonomías locales.

27. “Modificaciones de los artículos 56, 57, 63, 72, 82, 92, 99, 114, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 132 y 133 de la Constitución, para la simplificación institucional y la reducción de los costes de la política y de los aparatos públicos”. El Proyecto fue presentado el 10 de noviembre de 2006.

Los senadores que presentaron este proyecto eran partidarios de la abolición de las provincias, a las que calificaron como “el elemento más débil en la legitimación histórica y en la presencia institucional efectiva”, sobre todo respecto de los municipios, y las regiones cada vez más importantes y dotadas de más funciones. Entre estos dos niveles, la “asociación” de municipios era el instrumento considerado más idóneo para el ejercicio de funciones administrativas “de gran área”, contemplándose, asimismo, la obligación de emplear en ella exclusivamente al personal de los municipios asociados. Además, los senadores proponían la transformación de la competencia sobre la “armonización de presupuestos y de la Hacienda Pública y coordinación del sistema tributario” en competencia del Estado (y no compartida con las regiones).

De hecho, el 2007 se puede considerar el año en el que con mayor vehemencia se pusieron de manifiesto los costes de la política, y entre ellos se cuestionó en muchas ocasiones la permanencia de la Provincia.²⁸

4.1. Los parlamentarios y las provincias en la actual legislatura: muchas propuestas, poco debate

En la última legislatura la idea de suprimir las provincias ha ido ganando terreno, y las propuestas presentadas en esta dirección así lo demuestran. Entre septiembre de 2008 y julio de 2009,²⁹ han sido muchos los proyectos presentados a la Cámara de diputados,³⁰ todos de iniciativa parlamentaria, y todos configurados como leyes constitucionales.³¹ Los promotores de tales propuestas de reforma se inscriben a su vez en diferentes fuerzas políticas: *Il Popolo della Libertà* (la n. 1836 y la n. 2010); *Unione di Centro* (la n. 1989); *Italia*

dei Valori (la n. 1990, la n. 2264 y la n. 2470); *Partito Democratico* (la n. 2579) y mixto, liberal democráticos-republicanos (la n. 1694), pero todas ellas perseguían la abolición de las provincias (excluidas las dos provincias autónomas de Trento y Bolzano) mediante la modificación de una serie de artículos contenidos en el Título V, de la Parte Segunda, de la Constitución.

Algunas de las propuestas iban más allá y modificaban también los estatutos de tres de las regiones con autonomía especial (que tienen competencia sobre su sistema de Gobierno local) o preveían normas acerca de la transferencia del personal administrativo de las Administraciones provinciales a otros niveles institucionales (regiones o municipios).

En las disposiciones transitorias de las propuestas se encontraban varios aspectos interesantes: por ejemplo, las funciones ejercidas por las provincias serían transferidas a las regiones, que a su vez podrían delegarlas a los municipios; también había referencias a las ciudades metropolitanas, llamadas a adquirir las atribuciones provinciales. Según el proyecto, la competencia acerca de la organización de los bienes y recursos de las provincias podía atribuirse bien al Estado o bien a las regiones.

La Comisión de asuntos constitucionales de la Cámara empezó el estudio de las propuestas mencionadas el 19 de mayo de 2009, y dio al ponente el mandato de informar negativamente al Pleno de las mismas en octubre de 2009. El 13 del mismo mes, la Asamblea aprobó una cuestión suspensiva para posponer el examen, al producirse la presentación del Proyecto de ley del Gobierno sobre la Carta de las autonomías locales. El 18 de enero de 2011, el Pleno remitió nuevamente a la Comisión el análisis de las propuestas,³² para verificar una eventual reorganización territorial y posiblemente reducir el número de provincias. El dictamen de

28. Véase, sobre este punto, Federica FABRIZZI, *La Provincia: storia istituzionale dell'ente locale più discusso. Dall'Assemblea costituente ad oggi*, en www.federalismi.it, p. 36.

29. Se trata de las propuestas n. A.C. 1694 (24 de septiembre de 2008), A.C. 1836 (28 de octubre de 2008), A.C. 1990 (5 de diciembre de 2008), A.C. 1989 (5 de diciembre de 2008), A.C. 2010 (12 de diciembre de 2008), A.C. 2264 (9 de marzo de 2009), A.C. 2470 (26 de mayo de 2009) y A.C. 2579 (2 de julio de 2009) de la decimosexta legislatura. Las denominaciones de las mismas hacen referencia explícita a la supresión de las provincias, como síntoma de una reforma estructural y/o de una reorganización del Gobierno local.

30. Véase el dossier global publicado en la página web de la Cámara, en el apartado <http://documenti.camera.it>.

31. Esto porque, como afirmó Beniamino CARAVITA DI TORITTO, *Abrogazione o razionalizzazione delle Province?*, en www.federalismi.it, p. 1: “abolir las provincias [...] no es posible con una simple tachadura, y tampoco mediante Ley ordinaria: exige –desde el punto de vista de las fuentes del derecho– una Ley de reforma constitucional que ordene globalmente la arquitectura institucional italiana, interviniendo profundamente en el texto constitucional”.

32. La propuesta de julio de 2009 fue añadida en esta fase al estudio.

la Comisión fue nuevamente negativo, y el 5 de julio de 2011 se pronunció la Cámara.³³

En abril de 2011 fue presentada una propuesta que sugería la eliminación de las provincias con menos de 500.000 habitantes.³⁴ Más tarde el líder del *Partito Democratico* también propuso una reforma del artículo 133 CI,³⁵ para devolver a la legislación regional la organización y supresión de las provincias; las regiones participarían también en la implantación de las ciudades metropolitanas, individualizadas mediante ley estatal. En la misma línea de fortalecer el papel de las regiones en la organización de su territorio fue la propuesta A.C. 4499.³⁶ Posteriormente, en la A.C. 4506³⁷ se introducen criterios rígidos referidos a la población y se modifica la composición de las asambleas provinciales.³⁸

Por lo que se refiere al Senado, se confirma que las últimas propuestas se caracterizan por una transversalidad política notable, encontrándose iniciativas de parlamentarios pertenecientes a diferentes grupos: // *Popolo della Libertà* (la n. 194, la n. 1098 y la n. 1263); *Unione di Centro, SVP e Autonomie* (la n. 1259 y la n. 2819); *Italia dei Valori* (la n. 1284 y la n. 1587); *Coesione Nazionale-lo Sud-Forza del Sud* (la n. 2784).

El Proyecto de ley constitucional n. 194³⁹ partía de la idea de que la utilidad de las provincias era un tema debatido desde la fase constituyente, debido a la ambigüedad de su configuración constitucional (circunscripciones periféricas del Estado y al mismo tiempo entes representativos de la comunidad de referencia) y a su escasa legitimación y visibilidad. Dicho proyecto conservaba las ciudades metropolitanas como solución para las zonas más congestionadas del país, y otorga-

ba a las regiones la organización y la determinación del nivel territorial más apropiado para el desempeño de las funciones “de área vasta” o gran área. El texto eliminaba toda referencia constitucional a las provincias, extendiendo dicha eliminación también a las regiones dotadas de autonomía especial (menos Trento y Bolzano).

El Proyecto de ley constitucional n. 1098⁴⁰ concretaba en tres motivaciones fundamentales la reforma: su inclusión en el programa de gobierno presentado por el partido ganador (con una vaga referencia a unas supuestas provincias “inútiles” que no identificaba); la necesidad de simplificar los niveles institucionales, y en tercer lugar la reducción del gasto público. El texto del Proyecto regulaba los procesos necesarios para la adaptación del sistema institucional a la reforma, y la fase de transición, que calculaba de un año. El Proyecto de ley constitucional n. 1259⁴¹ también insistía sobre la necesidad de racionalizar la organización territorial y el ahorro derivado de la supresión de la Provincia. Establecía también el proceso de reatribución de las competencias y de los recursos provinciales. Igualmente, el Proyecto de ley constitucional n. 1263⁴² se apoyaba en razones financieras, funcionales y éticas. El Proyecto de ley constitucional n. 1284⁴³ se fundamentaba también en los inconvenientes de una excesiva fragmentación administrativo-territorial, y en la falta de una justificación histórica para el mantenimiento del nivel provincial, insistiendo en su escaso papel en los procesos de decisión. La Propuesta n. 1587,⁴⁴ ya en su denominación incluía la reducción de los costes de la política, objetivo alcanzable mediante la disminución del número de parlamentarios, de los miembros de las

33. Este camino de los proyectos de ley dedicados a las provincias es explicado en la página web de la Cámara, puesto que las modificaciones del sistema territorial son una de las materias consideradas más actuales (véase en www.camera.it la parte dedicada a los temas de la actividad parlamentaria).

La deliberación del 5 de julio tenía como objeto a los proyectos A.C. 1836, A.C. 1989, A.C. 1990, A.C. 2264 y A.C. 2579. Resultan todavía pendientes las demás propuestas.

34. Proyecto de ley constitucional n. 4315 (28 de abril de 2011), presentado por un diputado de la *Unione di Centro*.

35. Proyecto de ley constitucional n. 4439 (21 de junio de 2011), motivado así: el objetivo sería “racionalizar y evitar desperdiciar dinero público, evitando recortes indiscriminados que podrían provocar ineficiencias aún más graves”.

36. Presentada el 11 de julio de 2011 por algunos diputados del *Popolo della Libertà*.

37. Presentada el 13 de julio de 2011 por algunos diputados del *Partito Democratico*.

38. El examen de estas cuatro propuestas se está realizando de forma conjunta, con el anterior proyecto A.C. 1242 (4 de junio de 2008), que también valorizaba el papel de las regiones sobre su propia organización territorial.

39. Presentado el 29 de abril de 2008.

40. Presentado el 9 de octubre de 2008.

41. Presentado el 3 de diciembre de 2008.

42. Presentado el 4 de diciembre de 2008.

43. Presentado el 16 de diciembre de 2008.

44. Presentada el 26 de mayo de 2009.

asambleas y ejecutivos regionales, y la eliminación de las provincias, puesto que entiende que su papel de coordinación no justifica por sí mismo su configuración como nivel de Gobierno.

Por su parte, las dos propuestas de reforma que se presentaron en el verano de 2011 tenían contenidos muy diferentes. El alcance de la primera, la n. 2784,⁴⁵ era bastante amplio, previéndose medidas para la creación de un Senado de las autonomías, la supresión de provincias y ciudades metropolitanas (y de los municipios con menos de 5.000 habitantes); la segunda, la n. 2819,⁴⁶ disponía la eliminación de las provincias adscribibles al territorio de una ciudad metropolitana. Todos los proyectos mencionados han sido asignados a la Comisión de asuntos constitucionales, aunque, por el momento, se ha procedido solo al examen de uno de ellos (el n. 2784).

4.2. El Gobierno y las provincias en la actual legislatura: un camino retorcido hacia la sustitución de las provincias por otros entes “de área vasta”

El Gobierno actual ha mostrado una actitud oscilante hacia la permanencia de los entes territoriales de segundo nivel en el sistema, siempre haciendo referencia a los costes que estos generan.

Como se ha recordado con anterioridad, en el programa del *Popolo della Libertà* para las elecciones generales de 2008 había una genérica referencia a las provincias inútiles en el ámbito de un “plan extraordinario de Haciendas Públicas”, aunque al mismo tiempo se proponía realizar medidas de federalismo fiscal en favor de regiones y entes locales.⁴⁷

Más tarde, durante la redacción de la maniobra financiera en mayo de 2010, se planteó la posibilidad de eliminar a las provincias más pequeñas. El primer borrador contenía la abolición de las que tuvieran menos de 220.000 habitantes, con la excepción de las que lindasen con otros Estados y las que se encontrasen en las regiones especiales.⁴⁸ Después de declaraciones oficiales contradictorias, el texto definitivo del Decreto, publica-

do el 31 de mayo en el Boletín Oficial del Estado, no incluía referencias a la supresión de entes territoriales. Sin embargo, la situación se hizo incandescente en el verano del año siguiente: el Decreto ley n. 138, aprobado el 13 de agosto (“*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*”), dedicaba un artículo a la supresión de algunas provincias y a la reducción de la mitad de los miembros de los ejecutivos y de las asambleas. A la espera de la reorganización definitiva mediante ley constitucional, se querían eliminar las provincias con menos de 300.000 residentes o con un territorio de menos de 3.000 km².

La polémica sobre esta medida se debió especialmente a la fuente de rango legislativo mediante la cual el Gobierno intentó reducir las provincias. Desde diferentes sectores doctrinales se afirmó que el Estado no está habilitado para eliminar directamente las provincias, debido a las garantías constitucionales que existen sobre esta entidad. El más evidente es el artículo 133.1 CI, que regula un procedimiento *bottom up* para la modificación de las circunscripciones provinciales y la creación de otras nuevas. Estos procesos se pueden realizar mediante ley, bajo la iniciativa de los municipios y consultando previamente a la Región. Por la misma razón, la hipótesis dominante ha sido que abolir una Provincia implica necesariamente modificar las demás que persistan en el territorio afectado.

El resultado fue que durante la conversión se eliminaron estos preceptos, que no figuran en el texto final, es decir, en la Ley n. 148, aprobada el 14 de septiembre de 2011.

Seis días antes (el 8 de septiembre) de que terminara el recorrido parlamentario de estas normas, el Gobierno aprobó una iniciativa legislativa constitucional relativa al procedimiento de abolición de las provincias, propuesta por el presidente y los dos ministros “para las reformas del federalismo” y “para la simplificación normativa”. El texto modificaría varios artículos de la Constitución (los núm. 114, 117, 118, 119, 120, 132 y 133), eliminando las referencias a las provincias y añadiendo una potestad legislativa regional en materia de entes de gobierno “de área vasta” o gran área. Cada

45. Presentada el 13 de junio de 2011.

46. Presentada el 6 de julio de 2011.

47. Puede ser útil recordar que el Gobierno actual cuenta con el apoyo de la *Lega Nord*, tradicionalmente a favor de las autonomías, y caracterizada por una fuerte presencia en los niveles locales.

48. Sobre las consecuencias de dicho planteamiento, en términos de provincias “salvadas” o “condenadas” y de la posibilidad de reconducir algunas de las primeras a razones políticas o partidistas, véase Federica FABRIZZI, *Soppressione di Province e manovra finanziaria. Profili politici, costituzionali, sociali e storici di un errore sventato*, en www.federalismi.it, p. 4 y ss.

Región, previo dictamen del Consejo de las autonomías locales correspondiente,⁴⁹ regulará los entes que constituyan las asociaciones entre municipios, pudiendo prever a un presidente electivo de las mismas. Los límites establecidos son, por un lado, que dichos entes no podrán tener una población inferior a 300.000 habitantes o un territorio de menos de 3.000 km², y, por otro lado, que los entes instituidos tendrán que ser menos que las provincias existentes a la entrada en vigor de la nueva normativa. En la fase transitoria, además, serán suprimidos los entes u organismos que desempeñen funciones similares. La reforma se aplicaría también a las regiones especiales, conservándose sin embargo las dos provincias autónomas.

El Gobierno remitió este proyecto a la *Conferenza unificata* (Estado, regiones y entes locales), que lo incluyó en su Orden del día del 22 de septiembre, en el que deliberó reenviar a una reunión posterior (a priori, la del 27 de octubre, en la que tampoco se debatió, prefiriéndose un nuevo aplazamiento). Mientras, la Unión de las Provincias ha adoptado un documento que contiene una serie de observaciones críticas sobre la propuesta en las que se sostiene, aparte de otros vicios, la vulneración del principio constitucional de autonomía y de la representación democrática.⁵⁰

La partida, por ahora, sigue abierta.

5. Reflexiones finales

El debate italiano acerca de las provincias es el reflejo de la inestabilidad fisiológica que padece todo Estado descentralizado, donde casi siempre el punto de equilibrio se empieza a cuestionar poco después de que se haya alcanzado.

Está claro que a dicha motivación “natural” se añaden otros factores de naturaleza cultural (Italia es un país de municipios, más que de provincias, porque el ciudadano suele identificarse mucho con el primer ni-

vel de Gobierno) y cada vez más de tipo económico. En la coyuntura actual, a las presiones internas de los partidos políticos –que, como hemos visto, abarcan áreas muy variadas– se ha sumado el impulso internacional y especialmente europeo. La carta del Banco Central Europeo aludida es un testimonio evidente del empuje externo que grava sobre las instituciones. Este doble desafío es el que viven ahora las provincias, amenaza que se agrava por su dimensión transversal.

La solución de la cuestión económica se ha planteado y se sigue planteando en términos de eliminación de la superposición de niveles de Gobierno diferentes, y el elemento más débil hoy es el “segundo escalón territorial”, carente de la legitimación tradicional de los municipios y de la vertiente puramente política de las regiones. Además, desde el punto de vista jurídico-constitucional, la valorización de los entes locales de finales de los años ‘90 ha incidido más sobre los municipios, que disponen ahora de las funciones administrativas, a no ser que se modifique su atribución según los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación.

Sin embargo, el mismo número de municipios presentes en el territorio y sobre todo su dimensión media postulan la existencia de un nivel intermedio en buena parte del país. No puede obviarse además el hecho de que un ámbito de Gobierno intermedio exista en prácticamente todos los países europeos y, casi siempre, en el contexto de un Gobierno regional (provincias en Bélgica, departamentos o provincias en Francia, circunscripciones o provincias en Alemania, diputaciones en Holanda). La diversidad en la conformación de los Gobiernos locales intermedios es una constante, como resultado lógico de los diferentes contextos constitucionales existentes, de la forma de Estado, de las distintas tradiciones y procesos de evolución histórica en cada caso, así como de las reformas del Gobierno local que se han puesto en funcionamiento en esos países durante las últimas décadas.⁵¹ Lo interesante para el

49. Se trata de una entidad interna que tiene que ser regulada en los estatutos de autonomía de las regiones ordinarias según el artículo 123 CI, como “órgano de consulta entre Región y entes locales”.

50. Véase el documento aprobado el 15 de septiembre de 2011 (www.upinet.it).

51. En Europa la práctica totalidad de los países disponen de Gobiernos locales intermedios, con las excepciones de Austria, Finlandia, Luxemburgo y Portugal. En el primer caso, se trata de un Estado de estructura federal sobre un ámbito territorial limitado, que convierte en superflua la creación de otro escalón de Gobierno entre el Municipio y el *Land*. Y en los otros dos la escasa población, por un lado, o la existencia de regiones administrativas, por otro, hacen innecesario ese nivel de Gobierno local intermedio. Un análisis comparado sobre los precedentes históricos y el modelo actual de diputaciones provinciales, puede encontrarse en el capítulo 1 del *Libro Verde. Los Gobiernos locales intermedios en España*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2011, p. 21-23.

tema que nos ocupa es que, a pesar de estas marcadas diferencias, y de los procesos de reforma del escalón local intermedio que están teniendo lugar en buena parte de estos países, la tendencia general es la de reforzar su papel, y no la de suprimirlos.

Por esta razón, y en contra de la tendencia de la opinión pública, la forma en la que se ha enfocado esta cuestión en Italia nos parece impropia, porque la problemática de las provincias en el conjunto del Estado no creemos que se resuelva con su mera supresión. Estas incertidumbres se ponen también de manifiesto en la propuesta actual del Gobierno, en la cual se atribuye a las regiones la facultad de averiguar si es necesaria la creación o el mantenimiento de este nivel intermedio y con qué modalidades. Hasta la fecha, las hipótesis que se han barajado en caso de supresión de las diputaciones provinciales para la asunción del ejercicio de las funciones de un ámbito territorial más amplio, se sintetizan prácticamente en tres: la constitución de agencias intermunicipales, la redistribución a agregaciones espontáneas entre municipios, y una intervención posterior del legislador ordinario para la reorganización total del sistema del Gobierno local.⁵² Pero al mismo tiempo, y contemporáneamente a las sucesivas propuestas de supresión, la relevancia de la Provincia en el orden institucional italiano se ha ido reflejando en las disposiciones legales analizadas, que, lejos de marginar a la Provincia, lo que han hecho ha sido fortalecer su papel.

Entendemos que la Provincia es un ente privilegiado, tanto dimensionalmente como por su flexibilidad e imparcialidad decisional a la hora de adoptar medidas estratégicas sobre el territorio, evitando, por ejemplo, la especulación urbanística del mismo a través del desarrollo del Plan Territorial de Coordinación Provincial, o favoreciendo la tutela de los valores medioambientales, que de otro modo podrían verse afectados por la especulación económica para dotar de ingresos a las arcas municipales. También entendemos que podría ser positivo que las instituciones centrales renuncien a encontrar una solución válida para todo el territorio, dejando que las regiones puedan regular este aspecto teniendo en cuenta las características, las tradiciones y las necesidades de su propio territorio.

La reforma debería afectar no a la existencia o no de la Provincia, sino a la efectiva definición de la esfe-

ra de competencias a ella atribuidas y a una adecuada dimensión territorial donde poderlas llevar a cabo. Evidentemente no resultan funcionales algunas de las “mini provincias” creadas en los últimos años en Italia, ya que por su propia naturaleza la Provincia debe ser la expresión de una comunidad de extensa superficie, cuyas atribuciones, si bien efectivas y suficientemente especificadas por la ley, son tales que han de interactuar con la Región y con los municipios para coordinar entre sí las políticas regionales con las necesidades municipales.

Por eso, si las provincias, o algo muy parecido, parecen necesarias, y si, incluso, su actual tamaño resulta casi idóneo –con las matizaciones que sea oportuno realizar en algunos casos–, ¿por qué no reflexionar sobre la forma práctica de corregir la institución que ya tenemos? ¿Por qué no esforzarse en dotar a la institución provincial de una institucionalidad y dimensión más acorde con sus cometidos? Así las cosas, la supresión no es más que una huída hacia adelante, no la solución. ■

52. Vid. S. CIVITARESE, *op. cit.*, p. 388.

El debate sobre la supresión o reforma de las diputaciones provinciales en España

Manuel Zafra Víctor

Profesor titular de Ciencia Política y de la Administración Pública.

Facultad de Ciencias Políticas y Sociología.

Universidad de Granada

Resumen

La autonomía municipal en un país de pequeños municipios resulta inviable sin la existencia de niveles de Gobierno intermedios, que presten apoyo y asistencia para que pequeños municipios dispongan de capacidad de gestión en el ejercicio efectivo de sus competencias. Este nivel intermedio intercalado entre el nivel regional y el municipal debe ser de naturaleza local y estar constitucionalizado como poder territorial en la articulación del Estado, en ningún caso puede quedar regulado como competencia exclusiva autonómica sobre organización territorial. La provincia reúne ambas exigencias: es una entidad local configurada constitucionalmente como agrupación de municipios. Sobre esta tesis se preparó, primero, un borrador de anteproyecto de Gobierno y Administración local, y luego una Ley de autonomía local en Andalucía. La autonomía provincial se concibe como garantía de la autonomía municipal mediante la atribución de competencias funcionales de asistencia y apoyo, asociadas al principio de subsidiariedad, de tal forma que las competencias materiales de titularidad municipal desplieguen un ejercicio efectivo, y la baja capacidad de gestión o la naturaleza de la materia no las haga saltar al ámbito autonómico.

Palabras clave: *intermunicipalidad; autonomía provincial; autonomía municipal; competencias locales; comunidad política local; concertación como relación institucional entre la provincia y los municipios.*

Abstract

In a country shaped by small cities and villages, local autonomy is unviable without the existence of intermediate governments that support and help small local communities and, therefore, permit them to have managerial capacity in the exercise of their powers. This intermediate level between regional and local powers has to be, first, local in nature and, second, constitutionally entrenched as a territorial power of the State. It should never be articulated as an exclusive power of the Autonomous Communities. The province holds both features: it is a local entity constitutionally articulated as a municipal aggregation. Under this thesis was prepared a Governmental Draft about Local Administration and after it a Law of Local Autonomy of Andalucía. The provincial autonomy is conceived as a guarantee of the municipal autonomy because the assumption of functional and support powers, that are associated with the subsidiarity principle, allows the correct exercise of substantial powers by municipal entities and avoids the usurpation of them by Autonomous Communities under the excuse of the low municipal managerial capacity or the kind of matter in question.

Keywords: *inter-municipality; provincial autonomy; municipal autonomy; local powers; local political community; compromise between province and cities as an institutional relationship.*

El diecinueve de agosto, el editorial del diario *El País* decía que el borrador de anteproyecto de ley sobre el Gobierno y la Administración local, elaborado en 2006 por el Ministerio de Administraciones Públicas, preveía la supresión de la provincia y de su órgano de gobierno, la Diputación. Había decidido no intervenir en el desorientado debate veraniego sobre la conveniencia de reformar o suprimir la provincia, pero esta noticia me motivó a escribir un artículo que apareció en *El País* el día veintiséis. En lo que sigue hago la narración del camino seguido para la regulación de la autonomía local en dos normas, la Ley del Gobierno y la Administración local, que no llegó a tramitarse como proyecto de ley, y la Ley de autonomía local de Andalucía, que sí fue promulgada. Creo que el curso de los acontecimientos y el trabajo dedicado merecen la narración, siquiera sea para centrar un debate político tan superficial como mal fundamentado.

El relato del debate en torno a las diputaciones provinciales lo haré en tono autobiográfico. Contaré, de manera breve, el itinerario recorrido desde mi experiencia como director del Plan estratégico de la Diputación de Granada, hasta el encargo de presentar un proyecto de ley de régimen local como director general de Administración Local en la Junta de Andalucía, pasando por la Dirección General de Cooperación Local en el Ministerio de Administraciones Públicas y el fallido anteproyecto de ley del Gobierno y la Administración local. He tenido el privilegio de vivir y trabajar la autonomía local en los tres niveles de Gobierno.

Cuando llegué a la Diputación de Granada tenía el proyecto de plantear un proceso de planificación estratégica en el sentido convencional de la expresión: un diagnóstico de la realidad y una enumeración de líneas de actuación; una matriz de peligros y oportunidades y una propuesta de posibles políticas. Apenas iniciada la tarea no tardé en tomar conciencia, no tanto del apremio de pensar las potencialidades de la provincia, como de la urgencia de revisar el sentido de la institución. A pesar de mi condición de profesor universitario dedicado al estudio de las Administraciones Públicas, he de confesar que el tema de las diputaciones provinciales nunca había superado el prejuicio (tópico) de instituciones con escasa visibilidad política y difícil justificación. A poco de reflexionar sobre el lugar de la provincia en el Estado de las autonomías, pronto llegué al convencimiento de la inviabilidad de la autonomía municipal de no mediar instancias intermedias que cu-

brieran las carencias de un municipalismo fragmentado y aislado.

Expuse al presidente de la Diputación la conveniencia de visitar la Diputación de Barcelona y tomar como referencia la reflexión estratégica allí iniciada en el mandato anterior, conocida con el nombre de concertación. Antes del viaje había leído una buena parte de los documentos publicados por la Diputación, y una vez en Barcelona tuvimos la suerte de escuchar durante dos días y medio a diputados y directivos provinciales. Expusieron los motivos que llevaron a la Diputación a evolucionar desde los tradicionales planes de obras y servicios y la asistencia a los municipios, a un procedimiento de interacción entre provincia y municipios para articular un fin local compartido. El término elegido era el de concertación, y la expresión más adecuada para el funcionamiento, red de municipios; finalmente, como consecuencia de este planteamiento, un lema, particularmente afortunado, sobre el sentido de la provincia: *lo importante no es el nombre, lo importante es la función*. Obviamente querían apartar de su proyecto de futuro las servidumbres del pasado: la provincia como división territorial para el cumplimiento de los fines del Estado, al frente de cuyo Gobierno estaba un representante estatal, el gobernador civil, luego subdelegado del Gobierno.

Me pareció sugerente la concreción de la idea de concertación en un convenio marco, para establecer un registro de prioridades políticas señaladas por los municipios, y mesas de concertación donde los representantes provinciales y municipales ajustaban las propuestas municipales al proyecto formulado para la provincia. Con más intuición que rigor analítico comencé a entender otra de las ideas importantes del proyecto de la Diputación de Barcelona: municipios y provincias forman una sola comunidad política local; la intervención de la provincia fija en el ámbito local unas competencias municipales que, de otra manera, el principio de subsidiariedad haría saltar al nivel autonómico. Dándole vueltas a los conceptos, intenté deslindar y diferenciar el de concertación de los de cooperación y coordinación. Igualmente, de forma intuitiva, veía coherente que, mientras que la cooperación y la coordinación se desarrollaban entre distintos niveles de Gobierno, la concertación desplegaba sus efectos entre dos entidades locales que formaban un único nivel de Gobierno, una sola comunidad política local en los términos acuñados por la Diputación de Barcelona. En cualquier caso, después de meditar y leer con dete-

nimiento la literatura y jurisprudencia sobre el tema, empezó a abrirse camino en la Diputación de Granada la propuesta de la concertación. Justamente en aquellos días recibí el encargo de impulsar un proyecto de ley a partir de la presentación de un Libro Blanco sobre Gobierno y Administración local como director general de Cooperación Local en el Ministerio de Administraciones Públicas.

Uno lleva el bagaje y la experiencia acrisolada a los lugares que llega, y yo me apresuré a poner en valor político el tiempo pasado en la Diputación de Granada. Tuve la fortuna de contar con tres cualificados representantes de la Diputación de Barcelona en la Comisión creada para la redacción del Libro Blanco, y la presencia del prestigioso profesor Luciano Parejo, uno de los autores que mejor habían entendido el lugar de la provincia en el Estado autonómico. En las sesiones de elaboración del Libro Blanco discutimos los puntos cruciales en la definición de la provincia como entidad local: si los representantes provinciales debían estar sujetos a elección directa, y si, en consecuencia con esta premisa, las diputaciones serían titulares de competencias materiales; en suma, si se constituían en un nuevo nivel de Gobierno o si, por el contrario, la legitimación indirecta y las competencias funcionales las caracterizaban como un Gobierno instrumental al servicio de los Gobiernos municipales, con el fin de garantizar el ejercicio de sus competencias mediante la cooperación y asistencia.

En esta disyuntiva siempre entendí preferible la segunda versión, me parecía que la singularidad institucional de la provincia y su ventaja comparativa radicaban, justamente, en formar con los municipios un solo nivel de Gobierno (un sistema o una comunidad). Es cierto que esta opción parece relegar la provincia a la condición de medio para la consecución de un fin, sin embargo la naturaleza instrumental de la provincia no la degrada a instancia ejecutora de prioridades municipales, debe garantizar que las solicitudes municipales, sean de asistencia, sean de inversiones, observen los criterios que permitan la prestación integral y equitativa de los servicios, o sea, ponderar con visión intermunicipal las propuestas municipales. En este ejercicio de equilibrio radica la dirección política que el artículo 141.2 de la Constitución encomienda a la Diputación: el gobierno y la administración de la provincia. Aludía antes a la necesaria visión intermunicipal de la provincia para valorar y, en su caso, modular las prioridades municipales. No por un prurito de precisión concep-

tual, sino pretendiendo reflejar lo mejor posible la idea de concertación, intentamos generalizar el término intermunicipalidad para delimitar con mayor precisión el de supramunicipalidad. El empeño estaba relacionado con la idea de sistema o comunidad política local: con la intervención de la provincia, lo que excede el término municipal, sigue siendo local; expresado en otros términos: las actividades o materias que por su amplitud o intensidad desbordaran el ámbito municipal, de entrada, no necesariamente se volvían supralocales, sino intermunicipales y, por tanto, locales.

Razonando de esta manera, propuse asociar las competencias provinciales al principio de subsidiariedad. En realidad, el fundamento de este principio dice que la competencia corresponde al Gobierno más cercano, a no ser que la naturaleza de la actividad o de la materia lo permita y la capacidad de gestión de los municipios no resulte suficiente, y, entonces, la competencia debe ascender al siguiente nivel de Gobierno. Luciano Parejo explicaba con viva plasticidad la imagen de un ascensor que, si al bajar no encontraba las condiciones propicias, ascendía en busca de ellas. La naturaleza funcional de las competencias provinciales estaba dirigida precisamente, según el artículo 36 de la LRRL, a la cooperación con los municipios, especialmente los de menor capacidad de gestión, y a la coordinación para la prestación integral y adecuada de servicios públicos. Con estos postulados no era difícil relacionar las competencias provinciales y el principio de subsidiariedad.

Si la provincia se configurara como una entidad local de elección directa y competencias materiales, no resultaría fácil simultanear o compatibilizar con esta regulación la de asistencia a los municipios. En primer lugar, porque habría que distinguir con claridad lo provincial y lo municipal, confirmando a la provincia sustantividad diferenciable del municipio, una distinción necesaria, pero matizada por el imperativo constitucional de considerar la provincia como agrupación de municipios. La gente de la Diputación de Barcelona había dicho que la provincia no es una institución distinta de los municipios, sino los municipios actuando conjunta y solidariamente. Yo tenía la convicción de hallarnos ante un sofisma o una aporía: era preferible hablar de visión intermunicipal que de visión provincial (en el caso extremo, identificar como competencia de la Diputación el fomento de los intereses peculiares de la provincia), pero... ¿qué relevancia práctica y, así, qué posibilidades de articular jurídicamente la diferencia

entre los intereses intermunicipales y los provinciales? ¿Cuánta sutileza y rigor y cuánto artificio forzado alojaba la distinción? No es fácil aclarar los interrogantes planteados con una respuesta inequívoca. La concertación pretendía conjugar las prioridades municipales y las exigencias intermunicipales: diseñar un procedimiento de interacción institucional para conseguir que dos entidades integrantes del mismo sistema alcanzaran un interés local compartido.

En la visita a Barcelona, cuando tenía la responsabilidad en la dirección del Plan estratégico de la Diputación de Granada, había recibido un completo repertorio de documentación relacionada con la experiencia de la concertación; el trabajo donde se incluía el dictamen, el convenio marco y las fichas para fijar las prioridades municipales, estaba introducido de un valioso preámbulo donde se explicaba la novedad de la concertación con respecto a las prácticas precedentes, en concreto una comparación con los planes provinciales. Cuando leía estas páginas y las comentaba con mis compañeros de la Diputación de Granada, siempre me respondían que la concertación suponía una evolución perfeccionada de los planes, no tanto un modelo radicalmente distinto como una continuación mejorada. Con prudencia creí que era preferible, en la bella expresión de H. Arendt, "mirar el pasado con ojos de futuro", aprovechar el legado heredado, pero poniéndolo a la altura de los nuevos tiempos, es decir, una continuación selectiva de la tradición. Muchas veces recordé, con motivo de estas reflexiones, la advertencia de Popper sobre la necesidad de ir del conocimiento menos fiable al más fiable, en lugar de creer que saltamos de la ignorancia al conocimiento. Los planes provinciales estaban regulados en el artículo 36 de la LRBR como medio para hacer efectivas las competencias provinciales de coordinación y cooperación con los municipios. La duda que me surgía era si los términos coordinación y cooperación reflejaban de manera adecuada las relaciones institucionales entre dos entidades locales que integraban un solo nivel de Gobierno. Costaba trabajo caracterizar (calificar) bajo el término cooperación las competencias funcionales de la provincia. Parece razonable pensar que la cooperación presupone voluntariedad e independencia para colaborar en la consecución de un objetivo que, aisladamente, las partes no pueden alcanzar. Sin embargo, la asistencia de la provincia al municipio no responde a la voluntariedad, sino a la obligación de cubrir su baja capacidad de gestión; la asistencia es potestativa para

el municipio, pero obligatoria para la provincia, aunque, claro está, la provincia deba ponderar la solicitud municipal y pueda, en última instancia, denegarla. En la misma línea de razonamiento, la cooperación se desarrolla entre dos niveles diferentes de Gobierno, pero tiene peor encaje (cabida) entre dos entidades locales que integran el mismo nivel; pese a la distinción entre provincias y municipios, a su diferente personalidad jurídica, lo cierto es que la provincia es, por imperativo constitucional, una agrupación de municipios. La independencia de la provincia con respecto al municipio y del municipio con respecto a la provincia no resulta equiparable a la relación del nivel local y autonómico.

Anticipé la conveniencia de sustituir los conceptos de cooperación y coordinación por el de concertación, y precisar el régimen jurídico de la asistencia. Con motivo de mi nombramiento como director general de Administración Local en la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, abordé este punto con mayor detenimiento. Si antes he expuesto la inadecuación del concepto cooperación para articular las relaciones institucionales integrantes del mismo nivel de Gobierno, tampoco el de coordinación, entendido como supremacía institucional del nivel coordinante sobre el coordinado, expresa coherentemente el sentido de una entidad local concebida para ofrecer apoyo a municipios con baja capacidad de gestión. La duda surgía si, al prescindir de los términos empleados por las bases estatales (y también por el Estatuto de Autonomía, que, en este tema, reproduce la normativa básica), la ley autonómica contradecía la legislación básica, o si, por el contrario, el desarrollo autonómico, al no cuestionar directamente las bases, podía especificar el punto fundamental de las relaciones entre municipios y provincia.

El primer inconveniente que presentaba este propósito surgía de una paradoja no siempre adecuadamente considerada y estudiada. El Tribunal Constitucional ha identificado el núcleo de la autonomía provincial en la cooperación y asistencia a los municipios, el resto de competencias atribuidas a la provincia en la LRBR no han merecido este tratamiento: la prestación de servicios supramunicipales y el fomento de los intereses peculiares de la provincia quedarían, para la determinación de su amplitud o incluso de su estricta posibilidad, a la decisión de los legisladores sectoriales; por tanto, ambas competencias no integran el mínimo de la garantía institucional. De hecho, el artículo 96 del Estatuto diferencia con claridad en el apartado 3 "La gestión

de las funciones propias de la coordinación municipal, asesoramiento, asistencia y cooperación con los municipios” y la eventual (posible) prestación de servicios supramunicipales “en los términos y supuestos que establezca la legislación de la Comunidad Autónoma”. En la letra b) de este apartado 3, el Estatuto tampoco deja lugar a dudas sobre la competencia autonómica para atribuir a la provincia eventuales competencias sobre el fomento de los intereses peculiares de la provincia. Delimitando de forma restrictiva el apartado e) del artículo 36 de la LRBRL, el Estatuto señala “Las que con carácter específico y para el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia le vengán atribuidas por la legislación básica del Estado y por la legislación que dicte la Comunidad Autónoma en desarrollo de la misma.”

La competencia atribuida en la legislación básica para el fomento de los intereses peculiares de la provincia, se ha interpretado como una cláusula general de competencias, al modo de la recogida en el artículo 25.1 para el municipio, una interpretación fundamentada en la capacidad de dirección política que el artículo 141.2 atribuye a la Diputación para el gobierno de la provincia, corroborada además por la expresión “en general”, que vendría a completar el listado que le precede. Como es fácil comprobar, el Estatuto priva de fundamento a esa lectura y acota la competencia, enunciándola no en singular, sino significativamente en plural: “Las que con carácter específico y para el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia (...)”.

El régimen jurídico de las competencias de coordinación y cooperación de los apartados a) y b), recogidas en el artículo 36.1 de la LRBRL, obliga a la elaboración de un Plan de obras y servicios financiado con fondos propios, aportaciones municipales y las subvenciones acordadas por el Estado y la Comunidad Autónoma, que, a reserva de las prescripciones estatutarias, coordina, en los términos del artículo 59, los diversos planes provinciales. La perplejidad, no siempre advertida, que suscita esta regulación, es su respeto y compatibilidad con la autonomía de una entidad local constitucionalmente garantizada. Cuesta trabajo entender que el núcleo esencial, la razón de ser de la institución, lo que la hace socialmente reconocible, dependa de un fundamento tan precario como la financiación condicionada de otros niveles de Gobierno, y, además, quede sujeta en su expresión más genuina a las decisiones y políticas de las comunidades autónomas. Es cierto que

los Estatutos han sometido a ley de mayoría absoluta la coordinación de las competencias provinciales, y que la legislación básica regula la coordinación con carácter excepcional, en el caso de no proceder la cooperación y para una materia o servicio determinado mediante un Plan sectorial que fije objetivos y determine prioridades, de tal manera que las entidades coordinadas las desarrollen (apliquen) con flexibilidad. Es cierto también que el apartado 2 del artículo 59 prevé que la ley deberá precisar detalladamente las condiciones y límites de la coordinación, y establecer los controles de las asambleas legislativas.

Sin embargo, a pesar de estas garantías, la autonomía provincial presenta una vulnerabilidad incontestable, como se tuvo ocasión de comprobar con motivo de la STC 109/1998 del Plan único de obras y servicios de Cataluña. La salvedad de tratarse de una normativa preconstitucional asumida estatutariamente, no debe llevar a pensar que se trata de una posibilidad vedada a otras comunidades autónomas. En el FJ 13 el Tribunal consideró que la autonomía provincial, protegida por la garantía institucional del artículo 141, se preservaba concediendo a las diputaciones participación en la elaboración del Plan, aunque esta participación fuera minoritaria en comparación con la comarcal y autonómica. La sentencia reduce la asistencia no coordinable a las solicitudes e iniciativas de los municipios, y entiende las políticas impulsadas por y desde la provincia sujetas a coordinación autonómica. Difícilmente el mínimo de no desnaturalizar la institución se cumple con una intervención tan descompensada y asimétrica.

En la redacción de la Ley andaluza nos planteamos la necesidad de dotar la autonomía provincial de una regulación más consistente, suprimiendo la obligación de elaborar un Plan bajo estas condiciones restrictivas. El problema era dar contenido al Gobierno de la provincia a través de competencias funcionales de asistencia y apoyo. ¿Podría adquirir efectividad (consistencia) el Gobierno y la Administración de la provincia mediante las competencias funcionales de un Gobierno instrumental? La respuesta a este interrogante pasa por mostrar la singularidad institucional de una entidad local, cuyo sentido o razón de ser es la protección y garantía de la autonomía de unos municipios pequeños y con poca capacidad de gestión, impedidos para el ejercicio de sus competencias y la eficacia del principio de subsidiariedad.

Aun siendo consciente de las objeciones que pueda suscitar la noción de “comunidad política local”,

me pareció aconsejable ponerla en la ley para destacar que autonomía provincial y autonomía municipal eran indisociables, pese a que pudiera diferenciarse la personalidad jurídica de ambas entidades locales; de ahí que, cuando una Comunidad Autónoma limita la autonomía provincial, también provoca el menoscabo de la municipal, y que, por tanto, no sea fácil sostener que la competencia autonómica sobre la provincia es más intensa que la ejercida sobre los municipios, una tesis, en algún caso, fundamentada en la Constitución, al contraponer la personalidad jurídica “plena del municipio” a la personalidad jurídica “propia de la provincia”. A mi juicio esta interpretación literal resulta artificiosa, el artículo 137 de la Constitución garantiza la autonomía de municipios y provincias, y el artículo 141.2 atribuye a la Diputación el gobierno y la administración de la provincia en términos similares a los del artículo 140, cuando señala que corresponde al Ayuntamiento el gobierno y la administración del municipio.

Esta configuración de la provincia como agrupación de municipios deberá experimentar las modulaciones y modificaciones inevitables que hagan posibles otras entidades intermunicipales, pero tanto las comunidades autónomas, al ejercer sus competencias sobre ordenación territorial con la creación de comarcas y áreas metropolitanas, como los municipios, al ejercer su derecho de asociación en mancomunidades, encuentran un límite en la existencia de una agrupación forzosa de municipios constitucionalmente garantizada, una garantía que no se reduce a la mera existencia de la institución, sino que la Constitución reconoce a las diputaciones (otras corporaciones de carácter representativo) el gobierno y la administración de la provincia. La normativa autonómica que impida o dificulte el gobierno de la provincia será contraria a la Constitución. Desde mi punto de vista, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el Plan único priva a las diputaciones de la facultad de gobierno que la Constitución les reconoce. Para que la provincia no degrade su relevancia y ofrezca la caricatura de un simple nombre, comarcas y mancomunidades deberán crearse para el ejercicio conjunto de competencias puntuales, más afines a una modalidad de prestación de servicios que a una entidad local de fines universales.

Lo que parecía claro era la necesidad de regular las relaciones entre municipios y provincias una vez orillado el marco de las bases estatales. El artículo 36.2 de la LRRL impone a la provincia, para el ejercicio de sus competencias de coordinación y cooperación, la apro-

bación anual de un Plan de obras y servicios, “en cuya elaboración deben participar los municipios de la provincia”. Teniendo en cuenta que esta previsión legal se desarrolla en el marco de una colaboración económica del Estado y de la Comunidad Autónoma mediante unos fondos afectados, la normativa reguladora de estos fondos impone a la provincia unas condiciones en la recepción de las subvenciones [artículo 36.2 a) *in fine*]. Habiéndose apartado la Ley andaluza de esta regulación, se planteaba cómo articular las políticas provinciales y las municipales, la función de gobierno encomendada por la Constitución a las diputaciones y a los ayuntamientos, para impulsar la dirección política en provincias y municipios.

La cuestión pasaba por redefinir el alcance de la participación municipal en la elaboración de los planes y programas provinciales, en ausencia de fondos estatales o autonómicos de carácter condicionado. La atribución constitucional a la Diputación del gobierno y la administración de la provincia tendría concreción (manifestación) en planes y programas elaborados por el Gobierno provincial, pero, en coherencia con su condición de entidad local determinada por ser agrupación de municipios, los municipios participarían fijando sus prioridades. A partir de esta premisa, habría que fijar (articular-diseñar) un procedimiento para canalizar la interacción entre ambas entidades locales. Este procedimiento está claramente inspirado en la concertación impulsada por la Diputación de Barcelona, y pretende aunar el sentido de la cooperación y la coordinación, pero centrando la dinámica, no entre dos niveles de Gobierno, sino entre dos entidades locales integrantes de un solo nivel, la comunidad política local recogida en la Constitución. Intenta dar contenido a la autonomía municipal, fijación de prioridades, y a la autonomía provincial, iniciativa para programar o planificar sectores o zonas declaradas preferentes, pero debiendo, necesariamente, considerar las prioridades municipales y, en caso de rechazo, estar obligada la provincia a motivarlo, ponderando la prioridad municipal con visión intermunicipal, como trámite necesario para la aprobación del Plan o Programa.

La concertación puede ser el término que dé nombre a una relación institucional que no es voluntaria como la cooperación, pero tampoco implica imposición como la coordinación. Se trata de un procedimiento que incentiva la cooperación, en la medida en que municipios y provincias deben desplegar una acción conjunta, y entiende la coordinación como excep-

ción, una vez agotadas las posibilidades de acuerdo; solo entonces la provincia impone su decisión.

Comentaba antes la comparación que el documento editado por la Diputación de Barcelona hacía entre la elaboración de los planes de obras y servicios y la concertación; mientras que los planes giraban en torno a la prerrogativa de la provincia para subvencionar una obra que el municipio tenía el derecho de señalar, la concertación favorecía la interacción entre municipios y provincias, tratando de conseguir hacer efectivo un interés local compartido; por tanto, si la tensión entre prerrogativas provinciales y derechos municipales constituía un juego de suma nula y adoptaba las formas procesales propias de un litigio, la concertación no se encaminaba a un pronunciamiento (sentencia), sino que diseñaba un procedimiento, con el fin de alcanzar una suma en lugar de una resta.

En realidad, la Ley andaluza elevó a rango legal un procedimiento conveniado. En esta decisión de adoptar la concertación como una imposición legal, en lugar de dejarla a la capacidad de obrar de municipios y provincias y, por tanto, a la libre voluntad de celebrar convenios, buscaba superar los límites de la voluntariedad en la cooperación y regular la coordinación con carácter excepcional. Fue de gran ayuda la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 3 de abril de 1998, sobre un litigio promovido por el municipio de Sarria contra la Diputación de Lugo. El municipio, en ejercicio de su derecho a participar en la elaboración del Plan provincial de obras y servicios, había fijado una obra que la Diputación había desestimado invocando su competencia de coordinación. Los fundamentos de derecho hacen un recorrido siguiendo una lectura canónica de las relaciones interadministrativas: solo cuando la cooperación se muestra insuficiente procede la coordinación, pero, de entrada, prima la cooperación, que obliga a aceptar la obra señalada por el municipio; el derecho reconocido por la ley a los municipios en la participación para la elaboración del Plan, se concreta en el necesario respeto provincial a la prioridad establecida desde el municipio. El fundamento jurídico quinto llama la atención sobre la ambigüedad provocada por la yuxtaposición, en el artículo 36 de la LRBRL, de los términos cooperación y coordinación a la hora de fundamentar la elaboración del Plan. El Tribunal reconoce las dificultades de interpretación y aplicación práctica, y entiende que, siendo la cooperación la finalidad preferente, no obstante, la prestación adecuada de los servicios municipales (especialmente los obliga-

torios) exige una cierta función de coordinación. Ahora bien, en coherencia con el carácter excepcional de la coordinación y los requisitos restrictivos para su ejercicio, so pretexto de prestación adecuada, la Diputación no puede suplantar al municipio asumiendo la titularidad de los servicios y obras ostentada por los municipios. Siguiendo el razonamiento convencional sobre el régimen jurídico de una relación interadministrativa, el Tribunal destaca la actuación conjunta, a partir de las competencias de cada parte, para conseguir un fin determinado, concediendo prelación a la cooperación sobre la coordinación: "(...) resulta evidente la necesidad de dotar de legitimidad al acto complejo en que se traduce la tramitación y aprobación del Plan, para que con respeto a la autonomía local, sea consecuencia del acuerdo y no de la imposición unilateral". En este párrafo se contiene el espíritu de la concertación: incentivar el acuerdo de la actuación conjunta y encarecer (dificultar) el conflicto y el juego de suma nula de la imposición. Al final del fundamento jurídico séptimo aparecen conjugadas cooperación y coordinación, distinguiendo correctamente autonomía municipal y autonomía provincial: "La aprobación corresponde a la Diputación, determinando las preferencias con carácter discrecional y ponderando los intereses municipales contrapuestos dado el carácter limitado de los recursos; pero sobre la base de las iniciales solicitudes de obras y sin imponer contra la negativa expresa del municipio afectado y entender, incluso, que la propuesta de inclusión de la obra corresponde a la propia corporación municipal."

El gobierno y administración del municipio corresponden al Ayuntamiento, según el artículo 140 de la CE, de ahí que la obra fijada tenga que ser respetada por la provincia; de igual manera, el artículo 141.2 atribuye a la Diputación el gobierno y la administración de la provincia, de ahí que la solicitud o prioridad municipal deba adaptarse a la visión intermunicipal (ponderación discrecional en los términos de la sentencia comentada) para la prestación adecuada e integral del servicio.

A este planteamiento responde la regulación de la autonomía provincial recogida en la Ley 5/2010, de autonomía local de Andalucía. El artículo 12 se dedica a la asistencia provincial ante la solicitud de un municipio, y el 13 a las políticas articuladas en planes y programas impulsados por la provincia, en los que participan todos los municipios. En ambos casos debe haber normativa provincial donde aparezca equilibrada

la relación de la provincia con los municipios, proporcionando seguridad jurídica en la actuación de ambas entidades locales.

Después de la STC 31/2010, no habría tacha de inconstitucionalidad para que las bases estatales ofrecieran una regulación análoga en contenido y extensión a la de la Ley andaluza sobre la autonomía provincial.

Después de la narración personal y de la crónica de la autonomía local, concluiré el trabajo con unos puntos que den coherencia a las ideas sobre las cuales encuentre justificación la regulación jurídica propuesta.

1.– En un país de pequeños municipios, donde más del ochenta y cinco por ciento tienen menos de cinco mil habitantes, el nivel local de Gobierno resulta inviable. Es necesario articular el ejercicio de competencias municipales en clave intermunicipal para dar consistencia a un municipalismo fragmentado y débil.

2.– La intermunicipalidad se revela la variable clave. Este, creo, es un dato de partida inequívoco e incontrovertido. La intermunicipalidad es un objetivo que puede alcanzarse por varias vías: mediante el derecho de asociación para constituir mancomunidades, esta alternativa ofrece el lado positivo de responder a la conciencia municipal de juntar esfuerzos para superar y compensar las carencias de municipios con baja capacidad de gestión, pero presenta la vulnerabilidad de fiar a la espontaneidad y voluntariedad el remedio a un problema estructural. También las comunidades autónomas pueden promover la intermunicipalidad a través de la creación de comarcas, con la ventaja de reflejar las singularidades geográficas, históricas o culturales de municipios, pero con el riesgo de sobreponer la condición de Administración indirecta autonómica a la de verdaderas entidades locales. La tercera de las posibilidades es contemplar la intermunicipalidad como una exigencia del modelo de Estado: para asegurar la existencia de un nivel de Gobierno local en el Estado de las autonomías, la Constitución garantiza una entidad local determinada por su condición de agrupación de municipios. La intermunicipalidad, entonces, forma parte del Estado en sentido amplio, como una opción del poder constituyente que condiciona la legislación de los poderes constituidos. De esta manera, el artículo 141 de la Constitución, al garantizar no solo la existencia de la provincia, sino al atribuir a las diputaciones el gobierno y la administración de la provincia, condiciona las eventuales legislaciones del Estado y comunidades autónomas, sobre todo de estas últimas, en (para) la creación de otras agrupaciones de municipios (artí-

culos 141.3 y 152.3). Por tanto, la intermunicipalidad como objeto de la competencia autonómica sobre organización territorial, encuentra un límite fundamental en una agrupación de municipios a la que la Constitución reconoce capacidad de dirección política sobre el territorio.

3.– Con diferencia esta es la mejor de las alternativas. No solo porque en nuestro derecho tenga el aval de un imperativo constitucional, fundamentalmente porque asegura a los municipios una garantía frente a otros niveles de Gobierno, especialmente el autonómico, para evitar que la baja capacidad de gestión o las reducidas dimensiones de su territorio jueguen en contra del principio de subsidiariedad. Con la intervención de un ente local intermedio, intercalado entre pequeños municipios y la Comunidad Autónoma, lo supra-municipal se vuelve intermunicipal, sigue siendo local, de tal forma que impide que la dinámica y exigencias del principio de subsidiariedad, hagan saltar la competencia municipal al nivel autonómico. Proporcionando el Gobierno intermedio el valor añadido de las economías de escala, compensa la baja capacidad de gestión de pequeños municipios y circunscribe las actividades públicas, materias y sectores al ámbito local.

4.– La defensa de la intermunicipalidad, como elemento del Estado compuesto, ubica al nivel intermedio en un plano distinto de la disputa competencial entre el Estado y las comunidades autónomas. No se trata de buscar la protección del Estado central frente a las comunidades autónomas; tampoco de invocar la interiorización de la autonomía local como competencia exclusiva autonómica, por mediar entre entes locales y comunidades autónomas una relación más natural e intensa. Se trata de contemplar el Gobierno local como sujeto, como pilar del Estado de las autonomías, y no como objeto de la distribución de competencias entre los otros dos niveles de Gobierno. Es verdad que esta consideración requiere una reforma constitucional que identifique con claridad al legislador del Gobierno y la Administración local, sin embargo esta ausencia de regulación constitucional sobre autonomía local no devalúa lo establecido en el capítulo II del título VIII correspondiente a la Administración local, una protección cualitativamente más importante que la mera garantía institucional de la provincia: la atribución a la Diputación (u otra corporación de carácter representativo) del gobierno y administración de la provincia.

5.– Configurado el nivel local como un sistema integrado por dos entidades, una básica, el municipio,

y otra, la provincia, determinada como agrupación de municipios, aparecen como un aspecto capital las relaciones institucionales entre ambas entidades locales. En esta dimensión cobra todo su sentido la singularidad institucional de una entidad local cuyas competencias no se proyectan sobre materias, sino sobre la titularidad de las competencias de otra entidad local, con la finalidad de garantizar su ejercicio. A pesar del aparente carácter instrumental de unas competencias funcionales de asistencia y apoyo, el Gobierno intermedio dispone de facultades suficientes para hacer efectiva la dirección política encomendada por la Constitución. La elaboración de planes y programas para la prestación integral de servicios y el ejercicio equilibrado de las competencias municipales, confiere a la provincia capacidad de iniciativa y autonomía para el despliegue de políticas propias y diferenciadas. La intermunicipalidad debe ser gobernada, no solo administrada.

Cuesta trabajo entender que, después de este esfuerzo, de la inversión de tantos recursos públicos e institucionales en la redacción de un borrador de un Proyecto de Ley de Bases, y de la promulgación de una Ley autonómica de autonomía local y, finalmente, la publicación de un documentado y argumentado Libro Verde sobre Gobiernos locales intermedios, el debate en torno a la provincia quede caricaturizado y banalizado como la oportunidad para ahorrar recursos económicos en tiempos de crisis con la propuesta de suprimir la representación provincial. ■

27 QDL

Jurisprudencia



Crónica de jurisprudencia (de 1 de julio a 31 de octubre de 2011)¹

Antonio Descalzo González

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

A) Jurisprudencia constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional 134/2011, de 20 de julio. Principio de estabilidad presupuestaria aplicable a las comunidades autónomas y entidades locales

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad núm. 1451/2002, interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria; y contra diversos preceptos de la Ley orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley general de estabilidad presupuestaria.

Ponente: Doña Elisa Pérez Vera.

Extracto de doctrina

"(...)

"3. Tras lo expuesto, hay que señalar que la representación procesal del Parlamento de Cataluña plantea que las leyes recurridas incurrir en los siguientes motivos de inconstitucionalidad:

"a) Infracción del alcance legítimo del art. 149.1.13 CE con la consecuencia de vulnerar la autonomía política y financiera de la Generalitat de Cataluña (arts. 137 y 156.1 CE).

"b) Establecimiento de un control indebido sobre el Parlamento de Cataluña que también menoscaba la autonomía financiera de la Generalitat de Cataluña.

"c) Vulneración de la autonomía local garantizada (arts. 137 y 140 CE) y de la suficiencia financiera de los entes locales (art. 142 CE).

"d) Infracción de la competencia de la Generalitat para ejercer la tutela financiera de los entes locales.

"(...)

"10. Desde la STC 4/1981, de 2 de febrero, este Tribunal ha puesto de manifiesto que **'el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras entidades territoriales.** En todo caso, los controles de carácter puntual habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la entidad local incidan en intereses generales concurrentes con los propios de la entidad, sean del Municipio, la Provincia, la Comunidad Autónoma o el Estado' (STC 4/1981, F. 3). **Este criterio, lo hemos reiterado después en relación con las comunidades autónomas** al afirmar que 'la autonomía exige en principio, a su vez, que las actuaciones de la Administración autonómica no sean controladas por la Administración del Estado, no pudiendo impugnarse la validez o eficacia de dichas actuaciones sino a través de los mecanismos constitucionalmente previstos. Por ello el poder de vigilancia no puede colocar a las comunidades autónomas en una situación de dependencia jerárquica respecto de la Administración del Estado, pues, como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, tal situación no resulta compatible con el principio de autonomía y con la esfera competencial que de este deriva (sentencia 4/1981, de 2 de febrero, y 6/1982, de 22 de febrero)' (STC 76/1983, de 5 de agosto, F. 12).

"Sin embargo nuestra doctrina también ha hecho hincapié en la necesidad de distinguir entre la previsión de un control del Estado 'genérico e

1. La negrita introducida en el texto de la jurisprudencia es nuestra.

indeterminado que, según reiterada doctrina de este Tribunal (desde la STC 4/1981, fundamento jurídico 3), resulta contrario al principio constitucional de autonomía (...) [y] aquellos que resulte necesario ejercer para garantizar el cumplimiento de las facultades emanadas del ejercicio de las potestades de coordinación. Así interpretado, el precepto resulta acorde con el orden constitucional de competencia' (STC 118/1996, de 22 de junio, F. 19). Y ello siempre con el entendimiento de que 'no [se] puede pretender que la Administración estatal sustituya a la autonomía en materias de competencia de esta' (STC 118/1996, F. 18).

"A estas potestades del Estado, consecuencia de sus competencias de coordinación, nos hemos referido en diversos supuestos. Así, en relación con la **materia hidrológica**, en la que al Estado, además de sus competencias ex art. 149.1.22 CE sobre las aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma, le corresponde de acuerdo con el art. 149.1.13 CE, la ordenación de la actividad planificadora hidrológica en las cuencas comprendidas íntegramente en el territorio de una Comunidad Autónoma [STC 227/1988, de 29 de noviembre, F. 20 b)]. En esta misma sentencia examinamos la facultad del Gobierno de aprobar 'los planes elaborados o revisados por las comunidades autónomas. Si esta facultad hubiera de considerarse como un simple mecanismo de control de la actividad planificadora de las comunidades autónomas con competencia para ello, el citado art. 38.6 debería ser declarado inconstitucional, por infracción de lo dispuesto en el art. 153 de la Constitución. Pero no es esa la conclusión a la que debe llegarse en este caso, y ello porque la aprobación exigida por el precepto legal impugnado no configura un supuesto de control sobre el ejercicio de una competencia propia y exclusiva de las comunidades autónomas. Los planes hidrológicos de cuenca, cuyo contenido regula el art. 40 y que tienen carácter vinculante según el art. 38.3, comprenden una serie de disposiciones relativas a la protección y aprovechamiento de los recursos hídricos (prioridad y compatibilidad de usos, medio ambiente, ordenación del territorio, agricultura y montes, infraestructura, aprovechamientos energéticos, protección civil, etcétera), que inciden en la actividad de diferentes Administraciones Públicas –la de las comunidades autónomas, en primer lugar, pero también las del Estado y otros entes territoriales e institucionales–, siendo patente tanto su directa relación con la ordena-

ción general de la actividad económica como la obligación de respetarlas que a todas ellas incumbe. Por ello, si hubiera de admitirse que cada Administración puede realizar las actividades de su competencia en régimen de estricta separación, la planificación hidrológica se haría imposible. De donde se sigue que en materia de política hidráulica se acentúa la necesidad de una específica coordinación entre las diferentes Administraciones interesadas; coordinación que, como hemos declarado en anterior ocasión, persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema y que, por lo mismo, debe ser entendida como la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades (...) estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias (STC 32/1983, de 28 de abril, y en el mismo sentido, SSTC 42/1983, de 20 de mayo; 11/1984, de 2 de febrero; 144/1985, de 25 de octubre, entre otras). Con arreglo a lo dispuesto en el art. 149.1.13ª de la Constitución en materia de planificación de la actividad económica, la coordinación es competencia del Estado, lo que permite entender, siguiendo la doctrina sentada en la STC 144/1985, de 25 de octubre, que en este caso el acto de aprobación [estatal] que contempla el art. 38.6 de la Ley de aguas es materialmente una actividad de coordinación, ya que a través del mismo se integran en un solo sistema ordenado las acciones emprendidas por diversas entidades u órganos, de suerte que es la determinación definitiva y unitaria del plan la que posibilita la acción homogénea de todos ellos en relación con un mismo recurso. Por lo demás, no es dudoso que la regulación del precepto impugnado no trata de suplantar la voluntad planificadora de la Comunidad Autónoma por la del Estado, sino que pretende solo integrar aquella en el conjunto superior de la política hidráulica general, evitando las disfunciones que pudieran producirse. En definitiva la coordinación de actividades que implica la planificación hidrológica de cuenca se realiza, según la Ley, mediante un doble mecanismo: la integración de voluntades y actividades afectadas en el procedimiento de elaboración del plan, que corresponde llevar a cabo a las comunidades autónomas competentes en relación con las cuencas intracomunitarias, y un acto final de aprobación por el Gobierno mediante el cual

se coordina la decisión de aquellas con las peculiares exigencias de la política hidráulica, a las que antes se ha hecho referencia' [STC 227/1988, F. 20 d)].

"En similar sentido nos hemos pronunciado respecto de alguna de las facultades de la Alta Inspección del Estado en la materia educativa, concretamente en el supuesto de que, 'si las medidas de los órganos autonómicos resultaran insuficientes, el Ministerio de Educación y Ciencia podrá poner en ejecución, por sí mismo, lo prevenido en la legislación estatal, llegando, en su caso, a privar de efectos oficiales a las enseñanzas afectadas y a denegar la expedición de los títulos correspondientes, así como a dejar sin efecto la autorización que tuviere otorgada, cuando se trata de libros de texto y demás material didáctico'. Pues bien, sobre tal cuestión afirmamos que 'la constitucionalidad de este precepto sería cuestionable si se entendiese que el mismo atribuye al Estado a través del Ministerio de Educación y Ciencia, competencias que vayan en contra de la delimitación establecida por la Constitución y los Estatutos, pero tal duda no tiene razón de ser si se lo interpreta como facultad de la Alta Inspección de comunicar la anomalía al órgano gubernamental competente a fin de que este remedie el incumplimiento detectado mediante el ejercicio de atribuciones propias y de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Constitución y las leyes' (STC 6/1982, de 22 de febrero, F. 9).

"Por lo demás, en relación con la propia materia financiera ya hemos visto cómo la Constitución prevé que las respectivas competencias del Estado han de ejercerse en un marco de coordinación y cooperación determinado que conlleva límites de la autonomía financiera de las comunidades autónomas, límites que han de reputarse constitucionales cuando se deriven de las prescripciones de la propia Constitución o de la Ley orgánica a la que aquella remite (art. 157.3 CE). Manifestación de ello, según ha quedado expuesto, es la específica modalidad de control del Estado de las operaciones de emisión de deuda pública de las comunidades autónomas, operaciones que han de ser autorizadas por aquel de acuerdo con la previsión de la LOFCA [STC 11/1984, F. 6, reiterada para otras formas de acceso al crédito en STC 87/1993, F. 3 b)].

"(...)

"12. La representación procesal del Parlamento de Cataluña plantea un tercer motivo de inconstitucionalidad, referido a la **vulneración de la autonomía local garantizada y del principio de suficiencia finan-**

ciera de los entes locales, respecto de los arts. 3.2, 19, 23.2 y la disposición adicional única, apartado dos, de la Ley 18/2001.

"(...)

"Para la representación del Parlamento de Cataluña, la adecuación de los presupuestos de los entes locales al objetivo de estabilidad presupuestaria impuesta por estos preceptos excede de la competencia estatal del art. 149.1.13 CE y vulnera la autonomía institucional de dichos entes (art. 137 CE) y su autonomía financiera, concebida como suficiencia (art. 142 CE), pues ambas competencias resultan vaciadas dados los términos de la imposición legal. Dicha representación abunda en lo señalado respecto a la vulneración de las competencias de la Generalitat y reprocha especialmente la necesaria aprobación por dichos entes del plan de reequilibrio y las prescripciones relativas a la configuración de los presupuestos locales que se establecen a través de la modificación de la Ley reguladora de las Haciendas locales (LHL).

"El Abogado del Estado manifiesta que no existe vulneración por los preceptos impugnados de la autonomía local ni de su suficiencia financiera. El Estado ex art. 149.1.13 y 18 CE puede establecer el objetivo de estabilidad presupuestaria de los entes locales y también limitar el acceso de estos al crédito. La representación procesal del Senado aduce, en similares términos, que la carencia de potestad legislativa de los entes locales confirma la legitimidad de la Ley estatal, sin que se produzca ningún menoscabo de su suficiencia financiera, que garantiza el Estado a través de la regulación contenida en la Ley de Haciendas locales, cuyo art. 146.4 ya establece el criterio del equilibrio financiero de dichos entes.

"13. Antes de abordar el examen de los preceptos de la Ley 18/2001 que se ven afectados por la impugnación planteada **debemos incidir en la naturaleza y alcance que tiene la autonomía local constitucionalmente garantizada, así como en la virtualidad de su autonomía financiera.**

"En cuanto a la autonomía local, garantizada en nuestra Constitución por los arts. 137, 140 y 141 supone 'el derecho de la Comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos les atañen (...) Para el ejercicio de esa participación (...) los órganos representativos de la Comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible' (STC 32/1981, F. 2), no pudiendo las comuni-

dades locales ‘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 (...) Por todo ello, el Tribunal Constitucional deja sentado que la garantía constitucional es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado y ello conduce, como consecuencia obligada, a entender que corresponde al mismo la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia’ (STC 214/1989, F. 1, con cita de la STC 32/1981, F. 5).

“En la citada STC 214/1989 precisamos el alcance que tiene el marco general de las competencias locales que se establece en los arts. 2, 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, señalando que dicho marco se sustenta, de un lado en ‘el criterio de que corresponde al legislador estatal la fijación de los principios básicos en orden a las competencias que deba reconocerse a las entidades locales, estableciendo, y garantizando, al fin, su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses y fijando al respecto unas directrices para llevar a cabo la asignación de tales competencias, directrices que se concretan en atender, en cada caso, a las características de la actividad pública y a la capacidad de gestión de la entidad local, de acuerdo con los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos (...) Ahora bien, delimitada así la exigencia de orden competencial vinculada a la garantía constitucional de la autonomía de las entidades locales, la concreción última de las competencias locales queda remitida –y no podía ser de otra manera– a la correspondiente legislación sectorial, ya sea estatal o autonómica, según el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas’ (STC 214/1989, de 21 de diciembre, F. 3).

“En cuanto a la autonomía financiera de los entes locales, hemos afirmado que es ‘el principio de suficiencia de ingresos y no el de autonomía financiera el que garantiza la Constitución española en relación con las Haciendas locales, suficiencia de medios que, como hemos señalado también en reiteradas ocasiones, constituye el presupuesto indispensable para posibilitar la consecución efectiva de la autonomía constitucionalmente garantizada (STC 96/1990, de 24 de mayo, F. 7). En efecto, el principio de autonomía que preside la organización territorial del Esta-

do (arts. 2 y 137) –hemos afirmado–, ofrece una vertiente económica importantísima, ya que, aun cuando tenga un carácter instrumental, la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines (STC 237/1992, de 15 de diciembre, F. 6). La autonomía de los entes locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas’ (STC 48/2004, de 25 de marzo, F. 10). En consecuencia la autonomía financiera de los entes locales se manifiesta en ‘la plena disponibilidad de sus ingresos sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión para poder ejercer sus competencias propias’, lo que conlleva que la ‘libertad para establecer el plan de ingresos y gastos, en definitiva el presupuesto, no se establece constitucionalmente con carácter absoluto’, de manera que los criterios constitucionales limitativos de la autonomía financiera de las comunidades autónomas ‘son transportables al ámbito de la Administración local’ (STC 237/1992, F. 6).

“De acuerdo con todo lo expuesto, no cabe duda de que las competencias del Estado establecidas en el art. 149.1.11, 13, 14 y 18 CE tienen virtualidad, mayor o menor, para examinar los motivos de infracción de la Constitución de los preceptos que ahora nos ocupan, precisando ya que la regla 13 del art. 149.1 CE tiene especial relevancia para examinar la vulneración en que pudiera incurrir la prescripción de estabilidad de los presupuestos locales y que las reglas 14 y 18 del mismo art. 149.1 CE también han de tenerla para apreciar si se infringe la suficiencia financiera local en la medida en que ‘no cabe desconocer la doble competencia del Estado, convergente aquí, sobre la Hacienda general y para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (arts. 149.1, 14 y 18 CE), ya que precisamente el carácter que reviste la participación de las entidades locales en los tributos estatales, como garantía de su autonomía, hace de tal sistema de dotación de recursos el soporte del funcionamiento de estas Haciendas dentro del conjunto de la Hacienda general y, en consecuencia, le convierte en un elemento básico de esta’ (STC 237/1992, F. 6).

“Por último, también consideraremos que el art. 160.1 b) EAC atribuye a la Generalitat de Cataluña la competencia exclusiva sobre ‘la determinación de las

competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados por el art. 84', competencia que, a su vez, deberá 'respetar las competencias del Estado' (STC 31/2010, F. 100, con remisión al F. 37) y, por consecuencia, aquellas a las que acabamos de referirnos.

"14. De acuerdo con el planteamiento expuesto, podemos examinar si los arts. 3.2, 19, 23.2 y la disposición adicional única, apartado dos de la Ley 18/2001 incurren en el motivo de inconstitucionalidad denunciado:

"a) Los arts. 3.2 y 19 disponen, respectivamente, el alcance que tiene el principio de estabilidad presupuestaria para –en lo que interesa al motivo de impugnación ahora planteado– los entes locales y la obligación de que estos ajusten sus presupuestos al cumplimiento de dicho principio.

"Pues bien, debemos insistir en que, como ha quedado sentado en el precedente fundamento jurídico 8 a), **la política presupuestaria forma parte esencial de la política económica general, cuya ordenación, a su vez, está atribuida al Estado por la Constitución (art. 149.1.13 CE)**. Es asimismo obvio que esta competencia estatal es susceptible de proyectarse sobre todos los presupuestos del sector público, estatal, autonómico y local. **Ello determina la plena aplicabilidad de los arts. 3.2 y 19 de la Ley 18/2001 a los entes locales**, toda vez que con dicha aplicabilidad no se quebrantan ni su autonomía política ni su autonomía financiera. **No se quebranta su autonomía política porque dichos preceptos no ponen en cuestión el establecimiento de las políticas locales de los diversos entes, de acuerdo con lo que haya establecido en cada caso el legislador estatal o autonómico competente, sino que tan solo fijan el marco presupuestario en el que han de ejercerse dichas políticas**. En suma, el derecho a intervenir de los entes locales en los asuntos que les atañen (STC 214/1989, F. 1) no se pone en cuestión por el hecho de que se someta a las previsiones constitucionales, entre las que figura el establecimiento por el Estado de la ordenación, ex art. 149.1.13 CE, de los presupuestos de dichos entes. Por tanto, con tal límite, los entes locales pueden intervenir a través de sus propios órganos en los diferentes ámbitos materiales con el alcance que las leyes estatales o autonómicas hayan establecido (STC 214/1989, F. 3), lo que reconoce el art. 19.2 de la Ley 18/2001, al prever que los entes locales 'en el ámbito de sus competencias, ajustarán sus presupuestos al objetivo de estabilidad' y que este

objetivo no impide ('sin perjuicio') el ejercicio 'de las competencias que en esta materia tengan atribuidas las comunidades autónomas'.

"Ambos preceptos tampoco vulneran la suficiencia financiera de los entes locales, pues en nada interfieren en los recursos que el Estado debe poner a su disposición mediante la participación de dichos entes en los tributos estatales (STC 237/1992, F. 6).

"Por tanto, cumple desestimar la impugnación de los arts. 3.2 y 19 de la Ley 18/2001.

"b) El art. 23.2 condiciona, en caso de desequilibrio presupuestario, la autorización de las operaciones de crédito y emisiones de deuda (art. 54 de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas locales) a que dicho desequilibrio desaparezca en tres ejercicios presupuestarios a través del plan económico-financiero que los entes locales están obligados a presentar en tal supuesto, de acuerdo con lo regulado en el art. 22.

"Hay que partir de que la demanda no ha incluido el art. 22 entre los preceptos afectados por el motivo de inconstitucionalidad que nos ocupa, aunque considera que incurre en tacha de vulneración de la tutela financiera que la Generalitat puede ejercer sobre los entes locales de su territorio, tacha que examinaremos con posterioridad. Procede ahora señalar, a los efectos del enjuiciamiento del art. 23.2, que la obligación prevista en el art. 22.1 de que los entes locales que no hayan satisfecho el objetivo de estabilidad presupuestaria elaboren un plan económico-financiero que permita la corrección de desequilibrio resulta legítima en términos constitucionales, de acuerdo con cuanto hemos afirmado en el precedente fundamento jurídico 11.

"Abordando ya la impugnación del art. 23.2, debemos partir de nuestra **doctrina sobre las autorizaciones de apelación al crédito por las entidades locales, según la cual 'es igualmente compatible con la autonomía municipal la fijación de unos límites de endeudamiento de los entes locales y el que las operaciones, cuando se superen esos límites, se sometan a autorización'** [STC 57/1983, de 28 de junio, F. 4, con cita de la STC 4/1981, F. 15 f)]. En esta misma sentencia ya advertimos que con el endeudamiento y la apelación al crédito por los entes locales se está incidiendo en 'la ordenación del crédito y la economía en su conjunto, de modo que para evitar alteraciones del equilibrio económico financiero es necesario que el Estado articule los distintos componentes del sistema, mediante la fijación de límites de endeudamiento y otros condicionamientos a las enti-

dades locales. Los títulos prevalentes serían entonces el competencial en materia de crédito y de actividad económica', concluyendo que las competencias del Estado 'no se agotan con las propias legislativas, pues cuando la preservación de un tratamiento uniforme reclame el complemento reglamentario, y aun el ejecutivo, se justifica la reserva de estas competencias en la medida indispensable. Este que ahora estudiamos es un supuesto en que dejándose a la autorización el control del endeudamiento y de la oportunidad, dentro del conjunto de la política financiera, de la apelación al crédito, ha de atribuirse a la autoridad que tiene la responsabilidad del equilibrio económico la competencia para autorizar o no una operación de crédito que supone superar el techo normal de endeudamiento. Con lo que el acto de autorización puede significar en orden a prevenir las consecuencias dañosas que pudieran producirse para las entidades locales por un endeudamiento excesivo, destacan los aspectos que afectan al conjunto, y, desde esta estimativa, son invocables los títulos competenciales del art. 149.1.11 y 13' (STC 57/1983, F. 7).

"Igual criterio mantuvimos al examinar el art. 54 de la Ley reguladora de las Haciendas locales (en la actualidad, art. 53), que 'en su apartado primero somete las operaciones de crédito a formalizar con el exterior y las que se instrumenten mediante deuda o cualquier otra apelación al crédito público a la autorización de los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda, conforme a la competencia estatal garantizada por los arts. 149.1.11 y 13 CE en cuanto pueden incidir en el área de la política crediticia y del equilibrio económico (STC 57/1983). Por su parte, el apartado segundo atribuye dicha autorización a los órganos de la Comunidad Autónoma que tengan atribuida competencia en la materia cuando de la concertación de créditos y concesión de avales en general se trate, garantizando así, en el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, su competencia en materia de tutela financiera reconocida por el art. 48.1 EAC, que se proyecta sobre aquellas operaciones de endeudamiento que no trascienden el interés local (STC 56/1983). A la vista de ambos apartados, parece evidente que el impugnado art. 54.3 LHL no hace sino configurar el necesario margen autónomo de endeudamiento que también ha de ser reconocido a las corporaciones locales por imperativo del principio constitucional de autonomía local en el marco de la competencia básica estatal del art. 149.1.18 CE, por lo que ningún reproche

de inconstitucionalidad cabe efectuar contra el mismo' (STC 233/1999, de 16 de diciembre, F. 21).

"Pues bien, puede apreciarse que el apartado 2 del art. 23 (en su conexión con el apartado 1 del precepto, no impugnado) no prejuzga la autoridad competente para otorgar la autorización de las operaciones de crédito, sino que tan solo condiciona dicha autorización a que desaparezca la situación de desequilibrio presupuestario de acuerdo con lo previsto en el plan económico-financiero. Estamos, por tanto, ante una prescripción de ordenación financiera de las operaciones de crédito y emisión de deuda de los entes locales que encuentra legítima cobertura en las reglas del art. 149.1.11 y 13 CE, de acuerdo con la doctrina reproducida y que no conlleva vulneración de la autonomía de dichos entes ni de su suficiencia financiera, ya que ambas están sometidas a los límites que conllevan las señaladas competencias del Estado.

"Por tanto, debemos desestimar la impugnación del art. 23.2 de la Ley 18/2001.

"c) La modificación operada en el art. 146.1 de la Ley reguladora de las Haciendas locales por la disposición adicional única, apartado dos, de la Ley 18/2001, establece los criterios a que deben someterse 'los estados de gastos e ingresos' y las 'bases de ejecución' de los presupuestos de los entes locales con la finalidad de atender al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria.

"Que en 'los estados de gastos' del presupuesto local queden debidamente especificados 'los créditos necesarios para atender al cumplimiento de las obligaciones' y que los 'estados de ingresos' del mismo presupuesto contengan 'las estimaciones de los distintos recursos económicos a liquidar durante el ejercicio', son precisiones, al igual que las de las 'bases de ejecución' del presupuesto, que encuentran su razón de ser en la ordenación de los presupuestos locales que el Estado puede establecer ex art. 149.1.14 y 18 CE, pues 'puede afirmarse sin dificultad la naturaleza compartida de las competencias que, en materia de Haciendas locales, poseen el Estado y aquellas comunidades autónomas que, como la catalana, han asumido en sus respectivos Estatutos facultades en orden al desarrollo de las bases estatales sobre el régimen jurídico de la Administraciones Públicas ex art. 149.1.18 CE, precepto que ha de considerarse el título habilitante del Estado para ejercitar sus competencias sobre dicha materia cuando su regulación suponga introducir modificaciones de alcance general en el régimen jurídico

de la Administración local o se dicte en garantía de la autonomía que esta tiene constitucionalmente garantizada. En consecuencia, y dado que frecuentemente la regulación de la Hacienda local estará llamada a incidir sobre dicho régimen jurídico, solo de manera puntual podrá el Estado regular con carácter exclusivo tal materia haciendo prevalecer el otro título competencial a que hace referencia el art. 1.1 LHL, esto es, el de la Hacienda general del art. 149.1.14 CE. Así ocurrirá, en efecto, en aquellos casos en los que la normativa estatal tenga por objeto la regulación de instituciones comunes a las distintas Haciendas o de medidas de coordinación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las corporaciones locales. O también cuando su finalidad sea la salvaguarda de la suficiencia financiera de las Haciendas locales garantizada por el art. 142 CE, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE' (STC 233/1999, F. 4, con cita de las SSTC 96/1990, 237/1992, 331/1993, y 171/1996).

"Pues bien, las determinaciones normativas de los presupuestos locales contenidas en el precepto impugnado son meras especificaciones técnicas que no vulneran la autonomía local ni su suficiencia financiera, ya que no ponen en cuestión la intervención de los entes locales en los asuntos de su interés ni conllevan merma alguna de sus recursos.

"En consecuencia, procede desestimar la impugnación de la disposición adicional única, apartado dos, de la Ley 18/2001.

"15. El último motivo de inconstitucionalidad planteado se concreta en los arts. 20.2 y 22.2 de la Ley 18/2001, a los que la demanda atribuye la vulneración de la tutela financiera que a la Generalitat le corresponde ejercer sobre los entes locales.

"(...)

"Según la representación procesal del Parlamento de Cataluña, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la tutela financiera de las comunidades autónomas respecto de los entes locales (SSTC 65/1983, 57/1983, y 233/1999) y la intervención del Estado respecto de dichos entes han de complementarse, de manera que la tutela financiera del Estado sobre aquellos no puede anular a la de la Generalitat, como ocurrió en el supuesto examinado en la STC 179/1985.

"El Abogado del Estado rechaza dicha tacha, manifestando que los arts. 20.2 y 22.2 se han dictado al amparo del art. 149.1.11, 13 y 14 CE, de modo que

la tutela del Estado ejercida a través de aquellos preceptos carece de la amplitud que tenía en el supuesto de la STC 179/1985, pues se ciñe exclusivamente a la verificación del objetivo de estabilidad presupuestaria. La representación procesal del Senado argumenta que en absoluto pueden vulnerar la tutela financiera de la Generalitat sobre los entes locales unos preceptos que concretan los criterios para alcanzar por parte de dichos entes el principio de equilibrio presupuestario, principio que respeta su autonomía institucional.

"16. Con carácter previo a nuestro enjuiciamiento de los arts. 20.2 y 22.2 de la Ley 18/2001, debemos examinar el **alcance que tiene la competencia de la Generalitat para ejercer la tutela financiera de los entes locales, prevista en el art. 218.5 EAC** (correlativo del art. 48.1 EAC 1979).

"Sobre esta competencia autonómica, hemos afirmado que es 'innegable que Cataluña ha asumido la competencia de tutela financiera sobre los entes locales, con el límite de la autonomía local y el respeto a las bases que dice el art. 149.1.18' [SSTC 57/1983, de 28 de junio, F. 5; y 233/1999, de 16 de diciembre, F. 4 c), entre otras muchas]. En otro plano, la omisión de la referencia a la Ley estatal en el art. 218.5 EAC no puede entenderse como un desconocimiento de las competencias del Estado del art. 149.1.18 CE, dada la previsión del apartado 2 del propio artículo que (...) atribuye a la Generalitat competencia en materia de financiación local 'en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado', previsión a la que queda también sometida, como es obvio, la tutela financiera sobre los Gobiernos locales a que se refiere este apartado 5. (STC 31/2010, F. 140)

"Es claro, por tanto, que la Generalitat puede ejercer la tutela financiera de los entes locales respetando los criterios básicos que el Estado establezca ex art. 149.1.18 CE. Sin embargo, para nuestro enjuiciamiento no basta con apreciar este dato, pues también hay que considerar que la STC 57/1983, a la que remite la STC 31/2010, dejó dicho que 'otra cuestión es si, por la concurrencia y prevalencia de otros títulos competenciales, la apelación al crédito ha de quedar sujeta –a la hora de establecer los límites o de verificar la procedencia de operaciones que excedan del techo de endeudamiento– al control estatal' (STC 57/1983, F. 5), cuestión a la que dicha sentencia

respondió afirmando que los títulos estatales de ordenación económica y del crédito determinaban la intervención del Estado, como se ha indicado en el anterior F. 15.

“17. De todo lo anterior se deriva que puesto que los arts. 20.2 y 22.2 de la Ley 18/2001 prevén determinadas intervenciones estatales de orden aplicativo o ejecutivo respecto de los entes locales en relación con el objetivo de estabilidad presupuestaria, deberemos dilucidar si dichas intervenciones del Estado se acomodan a la Constitución.

“a) El art. 20.1, que no ha sido impugnado, atribuye al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda, la fijación del objetivo de estabilidad para las entidades locales. La fijación de este objetivo requiere el informe previo de la Comisión Nacional de Administración Local, según el apartado 2 de este precepto, siendo la señalada intervención de la Comisión Nacional de Administración Local el objeto del reproche que formula la demanda, ya que las comunidades autónomas y, por tanto, la Generalitat, no están integradas en dicha Comisión.

“Este Tribunal ya se pronunció en su momento sobre la configuración de la Comisión de Administración Local como órgano permanente para la colaboración entre la Administración del Estado y la Administración local, afirmando que ‘nada obsta a que constitucionalmente la LBRL haya podido articular dicha Comisión como un organismo de relación directa entre el Estado y las entidades locales en cuya composición queda excluida la presencia de las comunidades autónomas’, toda vez que el carácter bifronte del régimen local permite que ‘el Estado pueda entablar relaciones directas con las entidades locales, tal como ya se declaró por este Tribunal Constitucional en la STC 84/1982 (fundamento jurídico 4) y ello porque la configuración constitucional del régimen local no permite calificarlo como intracomunitario o extracomunitario. Y si bien es aconsejable que esas posibles relaciones entre el Estado y las entidades locales no supongan, en la medida de lo posible, la exclusión de las comunidades autónomas, lo cual viene apoyado, además, por el principio de colaboración interadministrativa, no menos cierto es que también debe atenderse a la propia eficacia y operatividad de esos órganos de colaboración que aglutinan a diversas instancias políticas y administrativas’ (STC 214/1989, F. 29).

“No puede olvidarse que la fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria se inscribe en la competencia estatal del art. 149.1.13 CE y que se proyecta sobre el triple nivel territorial de nuestro ordenamiento: estatal, autonómico y local.

Pues bien, del mismo modo que en el proceso de establecimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria de las comunidades autónomas se produce la intervención del Consejo de Política Fiscal y Financiera (art. 6 y concordantes de la Ley orgánica 5/1981), donde están representadas las comunidades autónomas, la audiencia a la Comisión Nacional de Administración Local exclusivamente atiende a razones de eficacia y operatividad en el ejercicio por el Estado de su propia competencia y no menoscaba la competencia autonómica de tutela de los entes locales.

“Por tanto, procede desestimar la impugnación del art. 20.2 de la Ley 18/2001.

“b) El art. 22 regula la corrección de las situaciones de desequilibrio del presupuesto de los entes locales, tanto si el desequilibrio se produce en la aprobación de aquel como en su liquidación. La corrección se realiza mediante la aprobación por el ente local de un plan económico-financiero que debe remitirse al Ministerio de Hacienda, que llevará a cabo el seguimiento de la corrección de desequilibrio.

“Las relaciones directas –sin intervención de la Generalitat, por tanto– entre el Estado y los entes locales, tampoco vulneran en este caso la tutela financiera de aquella sobre estas últimas. En efecto, del mismo modo que en el precedente fundamento jurídico 15 hemos reconocido, de acuerdo con nuestra doctrina, la legitimidad de la regulación estatal que prevé el sometimiento a autorización de las operaciones de crédito que realicen los entes locales e, incluso, la autorización misma por el Estado de esas operaciones, en razón a la especial incidencia que tiene la apelación al crédito en el equilibrio económico y financiero y, por tanto en el conjunto de la economía, a igual conclusión hay que llegar ahora en punto a la regulación de las correcciones de desequilibrio presupuestario local, incluida la intervención del Ministerio de Hacienda. Abunda en lo anterior el hecho de que tanto la obligada elaboración del plan económico-financiero como la intervención del Ministerio de Hacienda –siendo esta última el específico objeto de esta impugnación– son manifestación del principio de coordinación de la competencia estatal, coordinación que, como hemos señalado en el anterior fundamento jurídico 11, puede conllevar una

actuación de vigilancia o seguimiento, sin que ello suponga la sustitución por el Estado del ente local afectado. En todo caso, el precepto al salvaguardar la tutela financiera de la Generalitat en esta materia, permite su intervención siempre que la misma no interfiera la competencia estatal.

“En conclusión, el art. 22.2 de la Ley 18/2001, no conculca la tutela financiera de la Generalitat sobre los entes locales y, por tanto, procede desestimar la impugnación.”

B) Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, de 21 de julio de 2011. JUR\2011\285911. Patrimonio municipal del suelo

Antecedentes

Recurso de casación núm. 1646/2009.

Ponente: Excmo. Sr. Antonio Martí García.

El Tribunal Supremo, estimando uno de los motivos de casación aducidos, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Valencia, casando y anulando la sentencia exclusivamente en lo atinente a la obligación de “incremento del 5% del patrimonio público de suelo”. Como segundo pronunciamiento, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo, y mantiene la declaración de la sentencia recurrida en el particular que anula el Acuerdo plenario del Ayuntamiento de Valencia de 29 de diciembre de 2005 de aprobación definitiva del Presupuesto General y Consolidado de la Corporación municipal para el ejercicio 2006.

Extracto de doctrina

“Nos hallamos frente a una cuestión ampliamente tratada por este Tribunal en múltiples sentencias como recuerda la STS de 7 de noviembre de 2005, recurso de casación 7053/2002, con cita de pronunciamientos anteriores respecto a la **imposibilidad de que los ayuntamientos conviertan el Patrimonio Municipal del Suelo en fuente de financiación de cualesquiera necesidades municipales.**

“Las esenciales características del mismo han sido recogidas en las sentencias de 2 de noviembre de 1995

(RJ 1995, 8060), recurso de apelación 3132/1991, 31 de octubre de 2001, recurso de casación 4723/1996 y 2 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9687), recurso de casación 4735/1996 que declaran que *El Patrimonio Municipal del Suelo fue regulado en la Ley del suelo de 1956 como un conjunto de bienes de que las corporaciones se pueden servir para regular el precio en el mercado de solares (Exposición de Motivos), con la finalidad de prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones. Este conjunto de bienes tiene una característica especial, a saber, que su finalidad específica se realiza mediante la circulación propia del tráfico jurídico pero sin disminución o merma del propio Patrimonio, toda vez que el producto de las enajenaciones de los bienes de este habrá de destinarse a la conservación y ampliación del propio Patrimonio (art. 93 del TRLS). Por ello se ha podido decir que las dotaciones económicas que se pongan a disposición del Patrimonio Municipal del Suelo constituyen un fondo rotatorio de realimentación continua, por aplicaciones sucesivas al mismo fin de dicho Patrimonio, lo que constituye una técnica visible de potenciación financiera. En definitiva, se ha venido así aceptando pacíficamente que el Patrimonio Municipal del Suelo constituye un patrimonio separado (lo que hoy está ya expresamente dicho en el artículo 276-2 del nuevo texto refundido de la Ley del suelo de 26 de junio de 1992). La Ley ha querido y quiere que el Patrimonio Municipal del Suelo funcione como un patrimonio separado, es decir, como un conjunto de bienes afectos al cumplimiento de un fin determinado, fin que aquí no es cualquiera de los que las corporaciones han de perseguir según la legislación de régimen local [artículos 25 y 26 de la Ley de bases de régimen local de 2 de abril de 1985 (RCL 1985, 799, 1372)], sino el específico y concreto de prevenir, encauzar y desarrollar técnica y económicamente la expansión de las poblaciones (artículo 89-2 del texto refundido de 9 de abril de 1976), y ha querido y quiere expresamente, con una claridad elogiada, que el producto de las enajenaciones de terrenos del Patrimonio se destinen no a cualquier fin, por loable y razonable que sea, sino al específico de la conservación y ampliación del propio Patrimonio Municipal del Suelo. (Artículo 93, ya citado).*

“Esta es la caracterización que el legislador ha dado a los patrimonios municipales del suelo, y se comprenderá que, ante tamaña claridad, solo una expresa previsión legislativa en contrario puede hacer

que los mismos, abandonando su origen su caracterización y su finalidad pasen a convertirse en fuente de financiación de otras y muy distintas necesidades presupuestarias municipales. Esto, desde luego, puede hacerlo el legislador (asumiendo el posible riesgo de desaparición de los patrimonios municipales del suelo), pero no puede hacerse por la vía de la interpretación sociológica de las normas jurídicas (artículo 3-1 del Código Civil), porque esa interpretación ha de respetar, en todo caso, el espíritu y la finalidad de las normas, muy otros, como hemos visto, a la financiación general e indiscriminada de las necesidades municipales.

“(…) Tal consolidada interpretación ha impedido pudiera prosperar una pretensión municipal de que la compra de un edificio para el Servicio Municipal de Hacienda con lo obtenido de la venta de las parcelas del patrimonio municipal del suelo encaje en tal disposición de la legislación urbanística (STS 7 de noviembre de 2005, recurso de casación 7053/2002).

“Si la normativa urbanística establece un fin último como es el destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social de acuerdo con el planeamiento urbanístico a él debemos atenernos sin que quepa interpretaciones flexibles en una disposición tan clara como la aquí concernida.

“Así en la sentencia de 31 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8391), recurso de casación 4723/1996, se afirmaba que el concepto de *interés social* no es equivalente a mero interés urbanístico, sino que es un concepto más restringido. El artículo 1-1 de la C.E., que define nuestro Estado como un Estado social, en relación con el artículo 9-2 de la misma, puede darnos por analogía una idea de lo que sea el concepto más modesto de uso de interés social: *aquel que tiende a que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas o a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud o a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

“En tal línea es significativo que la sentencia de 2 de noviembre de 1995 (rec. apelación 3132/1991) había desestimado el recurso de apelación deducido frente a sentencia dictada en instancia que anulaba la venta en pública subasta de parcelas integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo para destinar su importe a la construcción de un centro socio cultural y deportivo, la construcción del edificio del archivo mu-

nicipal, adquisición de locales para centros de tercera edad, inversiones en centros de enseñanza, etc.

“En idéntico sentido la precitada sentencia de 31 de octubre de 2001 al rechazar unas finalidades variadas plasmadas en un Convenio que van desde el pago de una deuda antigua hasta la adquisición de unas plantas bajas y sótanos cuyo uso no consta, pasando por un designio estrictamente urbanístico sin más, finalidades todas ellas lícitas y plausibles pero que exceden de las específicas que impone el art. 280.1. TRLS/1992.

“Si atendemos a la hermenéutica expuesta no ofrece duda la aplicación del art. 276.2 de la TRLS/1992. Se parte de la existencia de unos bienes adscritos al patrimonio municipal del suelo que han sido objeto de venta por lo que los ingresos obtenidos tras su enajenación han de destinarse a la conservación y ampliación del meritado patrimonio separado y no a otro fin como hacer frente a gastos derivados de la atención al servicio municipal de basuras.’

“A la vista de esta doctrina, y teniendo en cuenta que lo cuestionado no es el concreto destino de las cantidades ingresadas con motivo de enajenaciones de Patrimonio Municipal del Suelo (ya que si así fuera el parámetro de enjuiciamiento sería necesariamente autonómico, conforme a la normativa autonómica entonces vigente, la ya citada Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística), sino la omisión de la determinación del destino de estos ingresos, ha de coincidir con la Sala de instancia pues se constata la ausencia de indicación de destino de lo percibido por enajenación de inmuebles procedentes del Patrimonio Municipal del Suelo. Así, el Presupuesto municipal impugnado prevé como ingresos dentro del Capítulo 6 ‘Enajenación de Inversiones Reales’, –folios 9 y 10 del listado de Presupuesto de Ingresos incorporado al expediente administrativo–, partidas como: 600.00 ENAJEN. SOLARES Y PARCELAS PATRIMO. MUNICIPAL; 600.14 APROVECHAMIENTO PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO; 602.00 PARCELAS SOBRANTES DE LA VÍA PÚBLICA; 603.00 SUELO APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO..., sin que conste en el resumen por Capítulos del Presupuesto de Gastos –folios 13 y siguientes del listado de presupuesto de gastos que obra en el expediente administrativo– partida alguna en relación a la reinversión legalmente impuesta en conservación y ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo, y tampoco se recoge mención

alguna al Patrimonio Municipal del Suelo en el documento 'Memoria de la Alcaldía. Presupuesto Municipal 2006'.

"De esta forma, **debe estimarse de forma parcial el recurso contencioso-administrativo interpuesto, exclusivamente en lo que atañe a este extremo, en cuanto al omitir la determinación del destino de los ingresos procedentes del Patrimonio Municipal del Suelo incumple la obligación de reinversión de los mismos en la conservación y ampliación del citado Patrimonio Municipal del Suelo** (siendo aplicable a dicho efecto lo dispuesto, junto con la ya citada normativa autonómica, el artículo 276.2 del texto refundido de la Ley del suelo de 1992), confirmándose el Acuerdo municipal recurrido en cuanto al resto.

"Por último no está de más recordar que esta Sala del Tribunal Supremo en sentencias de 7 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4380), recurso de casación 9617/2004 o de 9 de abril de 2007 (RJ 2007, 4096), recurso de casación 7826/2004, recogen la doctrina sentada en otras anteriores, entre ellas la de fecha 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10310), recurso de casación 10703/1998, o las sentencias de 14 de octubre de 2000, 27 de junio de 2002 y de 27 de junio de 2006, todas ellas sobre asuntos relativos a Patrimonio Municipal del Suelo, consolidando así una doctrina en relación con el concepto del Patrimonio Municipal del Suelo y las obligaciones que el mismo comporta para la Administración."

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 7 de julio de 2011. JUR\2011\263737. Vulneración del régimen de distancias y limitaciones establecido en la legislación de carreteras por estudio de detalle

Antecedentes

Recurso de casación núm. 817/2008.

Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas.

El recurso lo interpone el Ayuntamiento de Granada contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 17 de diciembre de 2007, en la que, estimando el recurso interpuesto por D. Alonso y D. Emiliano, se anula el Estudio de detalle que había sido

aprobado definitivamente por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Granada de 31 de marzo de 2000, con el fin de construir un pabellón deportivo. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto y confirma la sentencia recurrida.

Extracto de doctrina

"En el motivo de casación se alega, según vimos, la infracción de los artículos 36, 37 y 39 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras, la disposición transitoria segunda del Reglamento de carreteras aprobado por Real decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, y la jurisprudencia de aplicación.

"En el desarrollo del motivo la representación del Ayuntamiento de Granada sostiene que la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta el informe del ingeniero jefe de la Demarcación de Carreteras de Andalucía Oriental de 29 de abril de 1986, acompañado con la contestación a la demanda de la codemandada, según el cual el suelo a que se contraía el Estudio de detalle tenía la consideración de urbano, de manera que, conforme al artículo 39 de la Ley de carreteras, corresponde al Ayuntamiento el otorgamiento de autorizaciones para realizar obras o actividades no ejecutadas por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo en la zona de dominio público, así como en las zonas de servidumbre y afección de los tramos urbanos. Después de diversas citas jurisprudenciales que se refieren a la competencia en materia de autorizaciones de uso y obras que afectan a las carreteras, se concluye con la afirmación de que la competencia para autorizar las obras en el caso examinado corresponde al Ayuntamiento.

"Vemos así que **el planteamiento del Ayuntamiento recurrente se centra en afirmar la competencia para autorizar obras y uso en los tramos urbanos de las carreteras, y nada dice, en cambio, sobre el régimen jurídico sustantivo específico de la zona de dominio público y los usos en las zonas de servidumbre y afección de las carreteras; y tampoco en lo que se refiere a la línea límite de edificación de los tramos urbanos. Y siendo ello así, es claro que el motivo de casación no puede ser acogido.**

"Los preceptos que el Ayuntamiento recurrente cita como infringidos se refieren a las siguientes materias: el artículo 36 de la Ley de carreteras determina el régimen jurídico aplicable a los tramos de carreteras esta-

tales en cuanto discurren por suelo urbano o formen parte de una red arterial; el artículo 37 incorpora la definición de las nociones contempladas en la ley, sin otro contenido regulativo; el artículo 38 de la misma Ley establece el régimen de competencias en materia de autorizaciones y licencias que afecten a las carreteras, distinguiendo las que corresponden al Ministerio y a los ayuntamientos; y, en fin, la disposición transitoria segunda del Reglamento de carreteras dispone que ha de procederse al establecimiento de los tramos urbanos y de la línea límite de edificación, según se contase o no con instrumento de planeamiento al momento de la entrada en vigor de la Ley de carreteras.

“Por tanto, la invocación de tales preceptos resulta de escasa o ninguna utilidad para combatir la fundamentación de la sentencia de instancia, porque ninguno de ellos contiene una norma reguladora de las distancias que han de observarse respecto de las carreteras; salvo que se cometa el error, en el que parece haber incurrido el Ayuntamiento recurrente, de entender que el régimen de autorizaciones, o, si se prefiere, la atribución al Ayuntamiento de la competencia de control en los tramos urbanos para otorgar autorizaciones y licencias, facultaría a la Corporación municipal para variar la línea de edificación y le dispensaría de la aplicación de las reglas contenidas en la Ley de carreteras, permitiéndole incluso la ocupación del dominio público de una vía sobre la que la Administración local ejerce ciertas competencias de control pero de la que no es titular. Como si la atribución al Ayuntamiento de determinadas competencias en materia de autorizaciones permitiese ignorar o vulnerar todo el régimen de distancias y limitaciones establecido en la legislación de carreteras.

“Aparte de que todo acto que se lleve a cabo en la red arterial requiere acuerdo entre la Administración local y la estatal, y si no lo hay se precisa acuerdo del Consejo de Ministros (artículo 38 de la Ley de carreteras); y de que en la zona de dominio público, aunque se trate de un tramo urbano, rige en todo caso el régimen general que impide las edificaciones, en esta materia de carreteras ha de tenerse bien presente la denominada ‘línea de edificación’ o línea límite de edificación (artículos 25 de la Ley de carreteras y 84 del Reglamento), que supone una limitación a la propiedad de los terrenos colindantes con el dominio público. Y aunque en el tramo urbano de la carretera

–noción distinta a la de travesía, pues para ser considerada como tal es necesario que los suelos estén edificados en 2/3 y cuenten con entramado de calles al menos en uno de los márgenes–, la línea de edificación puede ser reducida en determinados supuestos (artículo 85 del Reglamento), como bien señala la sentencia de instancia no consta que en la zona a que se refiere la controversia hubiera sido reducida. De manera que la sentencia recurrida es ajustada a derecho en cuanto considera ilegal el Estudio de detalle, al constatar, basándose en la prueba pericial, que la construcción prevista no respeta la distancia de las edificaciones respecto de la vía arterial.”

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 29 de septiembre de 2011. JUR\2011\354378. Límites de la corrección de errores materiales en urbanismo

Antecedentes

Recurso de casación núm. 2488/2008.

Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Ávila contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, de 25 de enero de 2008, que desestimó el recurso que promovió dicho Ayuntamiento contra la Orden de la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León de 27 de marzo de 2006, que estimó el recurso de reposición deducido por D. José Carlos contra la anterior Orden de 1 de junio de 2005 de aprobación definitiva de la Revisión del Plan general de ordenación urbana de Ávila, en lo relativo a la calificación de una finca sita en el Molino de la Losa de dicho municipio.

Extracto de doctrina

“En el primer motivo se alega, según vimos, la infracción de lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, en relación con el artículo 105 de la Constitución y los artículos 22.2.c/ y 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local. Pues

bien, este motivo debe ser acogido, por las siguientes razones:

"1/ La Orden de la Consejería de Fomento de 27 de marzo de 2006 impugnada por el Ayuntamiento de Ávila se dictó como 'resolución del recurso de reposición interpuesto por Don José Carlos', por lo que desde una perspectiva formal o procedimental debió tramitarse conforme a lo dispuesto en los artículos 107 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre los recursos administrativos.

"2/ En la sustanciación del recurso de reposición se omitió el trámite de audiencia que el artículo 112.2 de la referida Ley exige 'en todo caso' respecto de los 'otros interesados' personados en el procedimiento administrativo. Y no cabe ninguna duda de que el Ayuntamiento de Ávila ostenta la condición de interesado principal en dicho expediente, tratándose del redactor y promotor del Plan general frente al que se dirigió el recurso de reposición en cuestión. Aun en la hipótesis de que se considerase que la solicitud de D. José Carlos que dio causa a la Orden aquí impugnada no constituía en realidad un recurso de reposición, sino una petición de rectificación de errores materiales, resultaría igualmente obligada la observancia del trámite de audiencia al Ayuntamiento de Ávila antes de su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

"3/ Este requisito formal tiene una naturaleza esencial en el supuesto que analizamos, al tratarse el Ayuntamiento de Ávila de la Administración Pública que ostenta, con carácter principal y con mayor protagonismo, la potestad discrecional de planeamiento urbanístico, y en particular la iniciativa para promover la modificación del planeamiento general (artículo 25.2.d/ de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local), circunscribiéndose el control de la Administración autonómica a la fiscalización, *a posteriori*, de los elementos reglados y límites objetivos que vinculan a dicha potestad. Por tanto, la omisión de dicho trámite de audiencia en el presente caso conlleva un desconocimiento indebido de la competencia municipal sobre el planeamiento general, ligada al principio constitucional de autonomía local que le caracteriza, habiéndose privado indebidamente al Ayuntamiento de Ávila de su legítimo derecho a resolver o pronunciarse al menos sobre la procedencia o no de la modificación del Plan en cuestión. Así se consideró en un caso análogo en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2006 (casación 4770/2002).

"4/ El vicio procedimental cometido no podía considerarse subsanado ni suplido por el posterior debate habido en el proceso de instancia, cuya finalidad es muy distinta a la del procedimiento administrativo previo, habiendo sido objeto de controversia en vía jurisdiccional no tanto la procedencia del cambio de ordenación introducido sino la viabilidad de que ese cambio se llevase a cabo mediante la estimación de un recurso de reposición sin audiencia del Ayuntamiento, o por la vía de la rectificación de errores materiales.

"5/ Además, como veremos a continuación, la modificación de la ordenación del Plan general que introdujo la resolución de la Consejería de Fomento, sin participación alguna del Ayuntamiento, tiene un calado muy superior al que supondría la mera rectificación de un error material patente y ostensible en los planes de ordenación. Y, en fin, para la subsanación del supuesto error tampoco resultaría adecuada la vía del recurso administrativo de reposición utilizada por D. José Carlos frente a la aprobación definitiva de la revisión del Plan general de Ávila; y ello porque, como hemos señalado en numerosas ocasiones –pueden verse, entre otras, las sentencias de esta Sala de 11 de diciembre de 2009 (casación 5100/2005), 28 de mayo de 2010 (casación 3600/06) y 12 de noviembre de 2010 (casación 1879/06)– conforme a lo dispuesto en el artículo 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que es norma de carácter básico, no cabe interponer recursos administrativos frente a las disposiciones de carácter general, como son los planes urbanísticos.

"También debe ser acogido el motivo de casación segundo, en el que se alega la infracción del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 62.1.b/ y 62.1.e/ de la misma Ley y de la jurisprudencia que los interpreta, al no ser incardinable el cambio de ordenación introducido por la vía de la corrección de errores materiales.

"Una vez establecida la relevancia invalidante del vicio formal en el que incurrió la Orden de la Consejería de Fomento impugnada al no haber permitido participar al Ayuntamiento de Ávila en la rectificación que llevó a cabo de la ordenación de su Plan general, procede dilucidar si, como se denunciaba en la demanda y se reitera en este segundo motivo de casación que ahora examinamos, el pretendido error resultaría incardinable o no en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y, en consecuencia, si podía abordarse su corrección sin

necesidad de tramitar un procedimiento de modificación del Plan general.

“En el citado artículo 105 se establece que ‘Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos’. En numerosos pronunciamientos de esta Sala este precepto ha sido interpretado de manera restrictiva –sirvan de muestra, en el ámbito específicamente urbanístico, las sentencias de 11 de febrero de 2011 (casación 414/2007) y 2 de abril de 2009 (casación 11438/04)– exigiéndose para su aplicación el cumplimiento de una serie de requisitos que, como comprobaremos a continuación, no se dan en el caso que examinamos.

“En primer lugar, la propia referencia legal a ‘errores materiales, de hecho o aritméticos’ obliga a excluir los errores de concepto. Es decir, solo se incluyen como errores materiales aquellos que resultan ajenos a cualquier valoración, opinión, o criterio de aplicación. Y, por el contrario quedan extramuros de esta categoría los errores de derecho, esto es, los que precisan de interpretación o requieran de una valoración jurídica. En el supuesto que examinamos el debate sostenido en el proceso de instancia entre la parte actora, Ayuntamiento de Ávila, y los codemandados –Administración autonómica y D. José Carlos– pone de manifiesto que el pretendido error en la ordenación de la finca en cuestión no era clamoroso ni indubitado. Y así, para acreditar el supuesto error D. José Carlos hubo de aportar con su escrito de contestación a la demanda un informe pericial, emitido por el arquitecto D. Paulino, en el que se efectúa un discurso de cierta complejidad, con cálculo de edificabilidades de cinco ámbitos diferentes y varios juicios de valor ante las dudas interpretativas que suscita el problema planteado. Frente a dicho informe se aportó al proceso, en fase de prueba, otro informe emitido por D. Luis Pablo, arquitecto del equipo redactor del Plan general de Ávila, en el que, entre otros aspectos, se afirma que ‘(...) en ningún caso el objeto del recurso [de reposición] –la calificación parcial en una zona de la parcela con fachada sobre la Bajada de la Losa como JP Jardín Privado–, obedece a un error gráfico estimable como error material, sino a la voluntad manifiesta, técnica y política del equipo redactor y del Ayuntamiento de Ávila, mediante pleno consenso, como forma de dar respuesta a la alegación presentada al documento para

aprobación provisional del PGOU por el recurrente y propietario de dicha parcela urbana del Molino de la Losa. Así, la voluntad de dar respuesta a la solicitud de corrección del alegante, para reflejar la realidad constructiva –legalizar de hecho una ampliación reciente– del conjunto edificado del Molino de la Losa, partió de la estimación de dicha inclusión del cuerpo edificatorio añadido al Molino histórico, calificado como CA, pero repensando y ajustando la ordenación global de esta parcela de gran singularidad y notables valores ambientales y paisajísticos históricos. De esta forma, ya en la sintética respuesta pormenorizada a este alegante, contenida en el 2.º informe de alegaciones del PGOU (...) se plasma esta voluntad de estimación matizada, esto es, retocando la ordenación en toda la parcela’.

“En segundo lugar, ha de ser un error evidente y palmario, que pueda comprobarse a partir del propio expediente administrativo. Esta circunstancia tampoco concurre en el caso examinado porque la constatación del error precisa de la emisión y valoración de informes técnicos complementarios, a los que acabamos de aludir, así como de la comprobación de una situación fáctica al margen del expediente en cuestión (de una parte, la legalización de una construcción clandestina preexistente, que sería la última causa de la alegación presentada por D. José Carlos en el trámite de información pública de la revisión del Plan general; de otra, el valor histórico y ambiental del jardín anexo a la edificación, objeto de recalificación).

“En tercer lugar, la rectificación no ha de variar el contenido objetivo del acto corregido. Y en este caso el cambio de calificación que se ha producido por el sistema de la corrección de errores materiales es cualificado, pues conlleva la transformación de un espacio libre (jardín privado) en una parcela edificable, con un notable incremento de edificabilidad lucrativa para su propietario.

“En definitiva, podrá cuestionarse la calificación de la finca como ‘JP’ (Jardín Privado), establecida en la revisión del Plan general de Ávila definitivamente aprobada, pero desde luego no se trata de un error material evidente e indiscutible que pudiera subsanarse directamente por la vía de la corrección de errores materiales del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. A tal efecto resulta ilustrativo el caso examinado en la sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 2009 (casación 520/2007), en la que, pese a haberse constatado que existía un error patente en la ordenación de una concreta finca en el Plan general –allí se trataba

del Plan de Barcelona–, se consideró que por su naturaleza y calado debía rectificarse mediante un procedimiento de modificación puntual del Plan, con todas las garantías que conlleva. De dicha sentencia extraemos el siguiente fragmento: '(...) no era factible corregir directamente la calificación urbanística de la finca por la vía del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es decir, sin tramitar el procedimiento administrativo establecido para la modificación de los planes, porque en este concreto caso dicha corrección requería de una previa valoración técnica y jurídica, altera significativamente el uso urbanístico asignado a la finca en cuestión y es susceptible de afectar a terceros interesados. Tampoco podía el recurrente solicitar la revisión de oficio del Plan general, pues aunque la referida calificación pudiera ser constitutiva de nulidad de pleno derecho, el artículo 102 de la misma Ley no reconoce una acción de nulidad que permita a los particulares exigir la revisión de oficio de las disposiciones de carácter general, como así concluimos, entre otras, en nuestras sentencias de 28 de diciembre y 12 de julio de 2006 (casación 4836/2003 y 2285/2003). Consecuentemente, la solución instada por la Comunidad de vecinos recurrente –modificación puntual del Plan general– semeja la más idónea para solucionar el problema planteado, ofreciendo más seguridad jurídica, así como mayores garantías para los posibles terceros afectados, al conllevar, entre otros trámites, un período de información pública (...)’.

“Establecido así que la sentencia recurrida debe ser casada, al ser acogibles los dos motivos de casación aducidos contra ella, procede que entremos a resolver lo que corresponda en los términos en que aparece planteado el debate (artículo 95.2.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción).

“Pues bien, las mismas razones que nos han llevado a acoger los dos motivos de casación son las que conducen a la conclusión de que el recurso contencioso-administrativo debe ser estimado, pues, por las razones que han quedado expuestas en los apartados anteriores, la Orden de la Consejería de Fomento impugnada ha incurrido en el vicio de nulidad de pleno derecho regulado en el artículo 62.1.e/ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al haber alterado la calificación urbanística de la finca de referencia con omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para tal fin, que es el de modificación puntual del Plan general.” ■

27 QDL

Documentos e informes jurídicos



¿Qué estructura pública requiere el siglo XXI? Capacidad política y ejecutiva¹

Lluís Recoder Miralles

Consejero del Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Catalunya

Jordi Joly Lena

Gerente de Economía, Empresa y Empleo del Ayuntamiento de Barcelona

La organización pública, la empresa de la política al servicio de los ciudadanos

Proponemos enfatizar la ejecución, es decir, el hecho de llevar a cabo lo que se plantee, convertir las ideas en realidad, y la búsqueda permanente de lo que se denomina valor público (beneficio para la sociedad). Convertir las ideas y las propuestas en una realidad eficaz y eficiente es de una racionalidad demoledora, por lo tanto... ¿cómo es posible que la política no quiera y no sepa centrar su actividad y decisiones desde este punto de vista? Alguien puede pensar que llevar a cabo las cosas, convertirlas en realidad desde una vertiente puramente ejecutiva, no es una tarea política, y tiene razón, pero le pediremos que trate de evaluar qué calidad tendrán las decisiones estratégicas o conceptuales de un político y de una política en general (aquí todo se contagia, al fin y al cabo todo acaba en un sistema y en una cultura general) que no tengan en cuenta cómo se llevarán a cabo las cosas, quién lo hará, con qué recursos, en qué plazos, y cuál es el impacto que representan para la sociedad en general. Trabajar la estrategia, adoptar decisiones políticas sin una concepción ejecutiva, tiene unas limitaciones extraordinarias, y este es uno de los grandes males que padece la política actual.

Para elaborar una estrategia es necesario tener un proyecto, y para tener un proyecto hoy en día no basta con un simple acto de voluntad e ideas abstractas de un político con buena voluntad. Actualmente, una estrategia y un proyecto de ciudad, territorio o país, requiere entender el entorno, conocer muy bien quiénes somos y cómo somos, tener una visión clara, definir objetivos y sobre todo priorizar lo que en cada momento es relevante para poner en funcionamiento

los procesos necesarios y empezar a obtener valor público tan rápidamente como sea posible. Si estamos de acuerdo en estos conceptos, también lo estaremos en que este tipo de pensamiento y análisis necesita de un acercamiento a la gestión; como mínimo conocerla, porque una buena estrategia es la que se alimenta de ilusión y de motivación, y que, sobre todo, ha tenido en cuenta los recursos, los procesos y los impactos o beneficios finales que se esperan obtener al final del camino escogido.

Pongamos un nuevo ejemplo basado en las organizaciones y las empresas privadas, y de nuevo haremos comparaciones: no sucede nada, que nadie se ponga nervioso, en definitiva se trata de organizaciones de personas que trabajan en una dirección concreta en busca de unos resultados determinados, ¿no es lo mismo? Seguiremos hablando de ello, en cualquier caso, no somos de aquellos que demonizamos la actividad empresarial desde el sector público: ¿cómo podemos demonizar aquello que es el motor y fuente principal de nuestro estado del bienestar? ¿Cómo podemos demonizar aquello que en definitiva, de una forma u otra, en un sector u otro, es el lugar de trabajo de la gran mayoría de los ciudadanos? ¿No es un buen ejercicio trabajar conjuntamente los mejores aprendizajes para el buen funcionamiento de las organizaciones, siempre respetando los roles y las responsabilidades de cada uno? Y a continuación el ejemplo:

Pongamos por caso una empresa tradicional, de toda la vida, con productos y servicios de primera calidad, y que distribuye sus productos internacionalmente. Se trata de productos que son indispensables para cubrir una de las muchas necesidades de las personas (los mercados sirven fundamentalmente para esto, además de para la generación de beneficios). Es una

1. Este documento está extraído de nuestro libro: *Confianza política. La política y el management frente a los retos del siglo XXI*, IVAP-Fundación Democracia y Gobierno Local, Bilbao, 2011, p. 57-120.

empresa representada y dirigida políticamente (política de empresa) por su Consejo de Administración, con el presidente a la cabeza, y ejecutivamente a través del Consejo de Dirección, pilotado por su director general. Imaginemos ahora que el Consejo de Administración (responsables de la política de la empresa) vive en una lógica diferente a la de su Consejo de Dirección, en un mundo muy suyo y muy especial, basado en la subjetividad y en el titular de prensa del día de mañana, pero sin tener en cuenta para nada las consecuencias de sus decisiones desde una perspectiva ejecutiva y de impacto de mercado. Imaginemos, al mismo tiempo, que los directivos del Consejo de Dirección han sido elegidos por su amistad y simpatía hacia este mundo tan curioso y propio de los miembros del Consejo de Administración, eso sí, son personas de plena confianza, ya que en ningún caso pondrán en duda la bondad de este mundo tan particular que corresponde a los representantes de la propiedad en el Consejo de Administración.

¿Puede competir esta empresa en el mundo actual?

¿Puede seguir ofreciendo los productos y servicios que la sociedad necesita? ¿Está capacitada para adaptarse al cambio de forma constante y permanente? Sencillamente no, porque esta organización no responderá a las necesidades cambiantes de su entorno, porque la lógica de la propiedad de la empresa no está alineada con las necesidades del mercado al que trata de dar respuesta, y porque encima se fundamenta en un Consejo de Dirección que es muy fiel, pero que es terriblemente desalentador para el conjunto de personas que trabajan en esta misma organización. Los intereses de la estrategia y de la dirección están absolutamente desalineados con toda la gente que trabaja, precisamente por el hecho de que ambos mundos responden a esas lógicas diferentes a las que hacíamos referencia.

Y esta es exactamente la realidad política actual. La teoría clásica lo ha sostenido: la lógica de la política es una lógica distinta a la de la gestión y la dirección pública. Nuestra propuesta es clara, esta concepción clásica ya no encaja con el mundo actual, los cambios han sido tan intensos que también han afectado al sistema y a la política en su conjunto. Seguir aplicando y defendiendo una lógica distinta entre la política y la gestión implica una separación y alejamiento constante de la ciudadanía y la sociedad. Una sociedad bien informada, a la que se le pide muchísimo, que responde con los mismos patrones y exige a la política la misma rigurosidad y pragmatismo que a ella se le reclama.

Nos hace falta una política que adapte su lógica a la capacidad de gestión y de actuación sobre el territorio a través de todas las políticas públicas en beneficio de los ciudadanos y, sobre todo, que se base en la preocupación constante por el buen gobierno. Este último es aquel que gestiona un territorio y unas políticas públicas que buscan fomentar la competitividad de su entorno territorial con el objetivo de ganar un lugar y un futuro en un escenario global que tiene que dar entrada a nuevos actores que han estado hasta ahora aislados y condenados a la miseria en beneficio del mundo desarrollado. La política de partido y su impacto inmediato han de estar directamente vinculados con una posible acción de gobierno, no puede ser que exista una "política de partido" absolutamente alejada de la realidad y las necesidades de su entorno. La lógica del beneficio para el partido es demasiado común en los partidos políticos, y se podría considerar como un auténtico engaño a la ciudadanía y una contribución a la destrucción de los valores fundamentales de la democracia.

Muchas veces se habla más de política, en el sentido más serio del término, en el entorno social y no en el seno de los propios partidos políticos. La preocupación y debate de partido se basa muchas veces en una serie de posicionamientos tácticos que corresponden a una batalla mediática entre partidos, muy a menudo alejada de la realidad social. Unos posicionamientos que, por desgracia, algunos han llegado a convertir en ciencia y en una auténtica profesión. Se trata de una política que corresponde más bien a la era de los Médicos y del inicio del mundo moderno de principios del siglo *xvi*, pero esta política no coincide con la que el mundo y la sociedad del siglo *xxi* reclaman y exigen.

Es necesario repensar la función de los partidos políticos, hacen falta una nueva concepción de la política y unas nuevas capacidades de sus principales actores, los políticos. Ahora centrémonos en partir las dos lógicas a las que hacíamos referencia (la lógica de la política y la de la gestión) para fusionarlas en una sola: la lógica de la estrategia se funde con la lógica de la gestión y del *management*, mediante una relación en la que las dos partes suman y salen beneficiadas, porque no se trata de una resolución de conflictos entre el político y el directivo, sino de sumar esfuerzos para alcanzar unos objetivos comunes. El interés del político coincide con el del directivo y viceversa, de esta manera se puede empezar a hablar de alineación de las organizaciones en el sentido de su trabajo, la búsqueda

de objetivos ambiciosos y, por encima de todo, la posible construcción de una organización motivada, donde la gente trabaje con ilusión y ganas de superación y se abandone el concepto despectivo de “funcionario público”. El funcionariado constituye un capital humano que hemos de entender como un activo fundamental y de primer orden de un país. Máxima exigencia y respeto para las personas que tienen que trabajar en una función pública regenerada, enfocada al servicio y a las necesidades de su entorno, de sus ciudadanos, en definitiva de la sociedad que hace posible su existencia y razón de ser.

Necesitamos una política que entienda la Administración Pública, las organizaciones públicas, como su empresa, como las herramientas que tiene a su disposición para convertir las propuestas e ideas en realidad, todo ello con una única finalidad, el servicio, el beneficio público y la consecución de unos ideales. Hablamos de la empresa más importante de un país, aquella que genera prácticamente la mitad del PIB de un territorio, y de cuyas acciones y hechos se desprende el marco de posibilidades reales y de futuro del conjunto de la sociedad. Se hacen necesarias, por tanto, unas organizaciones públicas competitivas que posibiliten marcos de crecimiento reales, marcos de libertades individuales potentes, eficaces y efectivos, y para que esto sea posible hace falta una política orientada, que comprenda que no es “tecnocracia”, que entienda que es realismo, es lo que la sociedad requiere y exige por derecho: sencillamente política con mayúsculas, la política, eso sí, que corresponde a la era actual.

En busca del valor superando la inmediatez

Para afrontar todos los cambios que se han indicado, un conjunto de nuevos valores tendrán que corregir comportamientos y actitudes anteriores. Si tenemos en cuenta que el entorno ya no es el mismo, que las necesidades de la sociedad son otras, es irracional pensar que todo se tiene que adaptar a excepción de las Administraciones Públicas y los partidos políticos, en definitiva, el sistema debe adaptarse y superar el desajuste actual con el entorno al que debe servir.

La dinámica económica y los patrones de comportamiento recientes, han acelerado de forma descontrolada los ritmos de actuación de las personas y de su actividad en general, es como si se hubiera perdido el respeto al tiempo, todo ello una lucha contra el reloj y

el calendario, pasando por encima de otros principios muy a menudo fundamentales y de un valor irrenunciable.

Los momentos de cambio y de incertidumbre, como consecuencia de las revoluciones económicas, no son nuevos. No hace falta ir más allá: en la Europa de los siglos XIX y XX que nos preceden, cuando se generalizó la sensación de vivir en un escenario constante de incertidumbre y peligro, en el que la industrialización fue cambiando hábitos y estilos de vida tradicionales, aparecieron nuevos ritmos que era necesario afrontar, irrumpieron nuevas dinámicas en la vida urbana, así como nuevos medios de comunicación, como el ferrocarril, que parecía una construcción propia del infierno que chocaba violentamente con la propia naturaleza, o la invención del teléfono, que rompía una barrera espacial impensable anteriormente, al tiempo que la publicación de periódicos facilitaba la comunicación y el flujo de información a unas masas anteriormente desinformadas. Observamos que por aquí ya hemos transitado, muchos contemporáneos de estas situaciones estaban absolutamente convencidos de estar inmersos en el caos, de estar viajando a través de una montaña rusa imparable.

Hemos madurado, la sociedad y el conjunto de la humanidad han dado pasos adelante y han aprendido de su historia y de su pasado, es necesario conducir los procesos de cambio evitando roturas, enfocarlos directamente al progreso sostenible sin cometer errores para evitar costes tan dañinos y del todo condenables como las guerras y las tensiones sociales, a las que se sometió la Europa anterior a nuestro tiempo.

Hoy en día estamos instalados en una nueva era de la incertidumbre. Centrémonos en aquello que nos ha conducido hasta aquí: la obsesión por el corto plazo.

Una cultura del corto plazo que no ha sido tan solo una práctica habitual en todos los sentidos, sino que se ha interiorizado con fuerza en los últimos años, en todos los ámbitos. Incluso ha sido considerada y defendida como un valor por un sistema que muchas veces tampoco ofrecía ninguna posibilidad de actuar de otra manera, y aquel que se quería escapar no podía, porque el sistema no se lo permitía. Esta dependencia del corto plazo desenfundado nos ha llevado a la quiebra general del sistema financiero, con unas consecuencias todavía hoy muy inciertas. No parece claro, sin embargo, que sepamos superar y cambiar el modelo, que nos demos cuenta de que un arranque económico no se puede producir con la misma filosofía, es decir, sin

recuperar un valor tan necesario como es el del respeto al tiempo, a la calidad, a un equilibrio que responde a una lógica aplastante. Estamos de acuerdo en buscar el mejor equilibrio posible, en tensar la relación trabajo-tiempo tanto como sea posible para optimizar la productividad en todos los sentidos, pero sin olvidar que esta tensión tiene un límite, y que superarlo significa empezar a romper el equilibrio. Quebrar esta relación fundamental implica a la vez un desencanto y una contradicción con el comportamiento y la racionalidad humana y social.

Centrados en lo que ha pasado en estas últimas décadas y con la finalidad de ilustrar todo lo que se ha expuesto, querríamos poner un ejemplo, vinculado con el sector privado y, en concreto, con el mundo de los negocios y sus valores. Para ello nos desplazamos al año 1981, cuando Jack Welch, el mítico visionario y ejecutivo de referencia de la General Electric, un gurú de referencia para todas las empresas globales con aspiraciones de crecimiento, daba el pistoletazo de salida a aquello que después se convertiría en el mantra de todas las escuelas de negocios y altos ejecutivos del mundo. El concepto que se convirtió en un dogma de fe era que “el valor para el accionista”, los *reports* trimestrales y el corto plazo eran los únicos indicadores válidos para juzgar la actividad de una empresa cotizada. Aparecen los apalancamientos extraordinarios, las fusiones y adquisiciones basadas únicamente en el volumen, o los fondos de capital riesgo que crean endeudamientos en cadena sobre las empresas adquiridas: en definitiva, es el momento del crecimiento por el crecimiento. Esto, aunque es ilógico, se entiende bien, las grandes empresas únicamente respondían a un tipo de resultado, el del volumen, crecer tanto como fuese posible y a la máxima velocidad posible, nada más tenía importancia, se perdían grandes valores intrínsecos al buen ejecutivo como por ejemplo que se debe fomentar la motivación, la calidad, la reflexión, el análisis, el valor añadido, el servicio al cliente, entre otros.

Con estas condiciones ya de por sí muy aceleradas, la ingeniería financiera también se ponía en funcionamiento alimentándolas todavía más, creando los productos estructurados, los mercados nos presionaban la demanda con un hambre devoradora y, finalmente, la política observaba cómo cada día se producía un diferencial mayor entre su actividad y el mundo real, y que no era capaz ni tan siquiera de entender lo que estaba pasando. El mundo no se puede controlar ni se debe controlar desde la política, sencillamente se debe

comprender con la máxima rapidez posible para que la política adapte la legislación y la ejecución de sus competencias y servicios sin quedar sobrepasada tal y como ha sucedido.

En el año 2009, el mismo Jack Welch, viendo las consecuencias de una doctrina equivocada, vuelve a explicar su mensaje original aclarando que: “señores, centrarse única y exclusivamente en el valor para el accionista es una estupidez”, y añade que “el valor para el accionista es simplemente un resultado, no una estrategia”. Efectivamente, la estrategia se construye con valores, contando con las personas y de acuerdo con los productos y servicios que integran la actividad de la organización. La estrategia ha de estar sometida a criterios sostenibles a corto, medio y largo plazo. Si la empresa cubre una necesidad real de mercado, los resultados la acompañarán y al final el valor para el accionista será una realidad. Bienvenida será la ética y una nueva oleada de directivos comprometidos con la sostenibilidad del mundo del que forman parte.

Analicemos la frase para comprenderla a fondo, debe entenderse cada concepto, es importante. Cuando habla del “valor para el accionista” se refiere al valor de la acción, al hecho de que lo único que cuenta es que la acción incremente su precio, tenga más valor y aporte un rendimiento económico a su propietario en el menor tiempo posible. “Es simplemente un resultado”, está aclarando, este incremento de valor (valor actual – valor inicial) se alcanza después de haber creado y gestionado una organización al servicio de un mercado determinado, es un resultado obtenido a partir de un esfuerzo, de un trabajo, de una empresa basada en valores y preocupada por su actividad, y todo esto sí que debe ser su auténtica razón de ser: hacer las cosas mejor en su sector, responder mejor a las necesidades de los receptores o usuarios de sus productos o servicios, optimizando recursos, investigar y mejorar de forma constante como factor de motivación y progreso para la empresa como organización y para todas las personas que trabajan en ella.

“... No es una estrategia”, aquí enfatiza y distingue resultado de estrategia. La estrategia es la manera de hacer las cosas, los caminos elegidos, los mercados seleccionados, los productos y servicios producidos, las fuentes de financiación utilizadas, la motivación de las personas que trabajan, su formación y desarrollo, los valores de la compañía, una visión conjunta, todo ello en definitiva separa a la estrategia del resultado. Si la estrategia es acertada, si es buena, los resultados se alcanza-

rán, trabajemos el corto plazo con la estrategia adecuada y no padezcáis por el valor de la acción a largo plazo, que si hacemos el trabajo bien hecho, si acertamos la estrategia, el valor para el accionista será una realidad.

Si nos obsesionamos única y exclusivamente con el valor de la acción, llega un momento en que lo aproximamos tanto a la propia estrategia y manera de hacer de la empresa que los conceptos se mezclan, y solamente existe una única preocupación, que no es otra que el resultado, y aquí es donde empiezan a fallar las cosas, es como ese límite al que hacíamos referencia entre la relación trabajo-tiempo; la relación estrategia-resultado también comporta una tensión con unos límites que no se pueden superar, en caso contrario comenzamos a destruir valores y se crean las condiciones óptimas para una situación de incertidumbre y descontrol con perspectivas negativas de cara al futuro. Se rompen los valores y la situación a largo plazo es insostenible.

Efectuada esta reflexión desde la perspectiva de la empresa privada, de las corporaciones cotizadas en bolsa y su manera de hacer las cosas que arrastra al resto de actividad y a la gran mayoría de pequeñas y medianas empresas dependientes, querríamos trasladar el símil a la política y concretamente a los partidos políticos.

La política debería aceptar, en el actual contexto, que la quiebra es sistémica y que se tiene que someter también a un proceso de cambio profundo, que detenga su distanciamiento progresivo de las necesidades reales de nuestro mundo. En consecuencia, de la misma manera que decíamos “El valor para el accionista es simplemente un resultado, no la estrategia”, los partidos políticos deberían tener claro que “la obtención de votos tiene que ser un resultado, no una estrategia”.

La finalidad política por excelencia, al menos la que corresponde al siglo XXI, tiene que ser la creación de valor público, la cohesión social y la generación de un entorno favorable para la acción de los diferentes actores de la sociedad. Vivimos en un mundo de redes, y la política tiene que adaptarse a las necesidades y dinámicas que esto conlleva. La herramienta de nuestro sistema político para alcanzar esta finalidad son los partidos políticos que compiten en un mercado de votos que genera unas dinámicas básicamente preocupadas por el resultado electoral y el corto plazo. Tenemos un problema grave relacionado con las funciones de los partidos políticos en el seno de la sociedad actual.

Una política responsable tiene que ser aquella que trabaje por unos resultados electorales que sean consecuencia de una estrategia basada en la preocupación por el buen funcionamiento de un país, su gente y sus valores, que busque la optimización de los recursos, garantice la existencia de un tejido económico y empresarial fuerte, apueste por una Administración Pública competitiva y eficaz y unos servicios públicos de calidad. En definitiva, no puede ser que el foco de atención sea la obtención de “valor para el partido”, ya que este valor tiene que ser solamente considerado un resultado y no una estrategia política. En la era de la información, el engaño y la demagogia son todavía posibles, pero no pueden pasar inadvertidos.

Son necesarios, por tanto, nuevos modelos para un siglo que ha iniciado un camino en busca de otro paradigma que es duro e incentivador a la vez. Asimismo, recorrer este camino es un gran reto y una oportunidad para aprovechar y liderar en beneficio de una sociedad que lo necesita y lo exige.

Todo lo que hemos expuesto se tiene que convertir ahora en realidad, somos conscientes de lo que implica un enfoque como el propuesto: una nueva cultura política, un nuevo tipo de político y también de directivo público que lideren organizaciones públicas competitivas y estén a la altura de las demandas y necesidades de la sociedad actual. Centrémonos ahora en el modelo que entendemos que es útil para conseguir un cambio de mentalidad en la línea que estamos planteando.

Nuestra propuesta de modelo pasa por lo que hemos denominado el PACTE entre la política y un nuevo directivo para las organizaciones públicas, una aproximación de la política a la gestión (*politics and management deal*), y apostar por una nueva manera de entender la política que la vincule con la competitividad.

Una estructura de tres niveles: la política, la dirección ejecutiva y la gestión

Iremos desgranando cuáles son los elementos clave del modelo que planteamos. Entre ellos, un nuevo perfil y unas nuevas capacidades políticas, un nuevo tipo de directivo público basado en el liderazgo de equipos y organizaciones que persigan permanentemente la competitividad y una nueva organización pública en su conjunto más orientada a los resultados y que huya de los conceptos clásicos del funcionariado tradicional. No estamos planteando nuevas necesidades en la

política, a principios del siglo xx podíamos escuchar a Francesc Cambó en una conferencia el 13 de abril de 1912, en la que hacía referencia a esta problemática: “Los partidos tienen que tener a aquellos que sepan consolidar lo conseguido”, y precisa “cuando os hablo de burocracia os hablo de todas las funciones de la administración [...] os hablo de todo aquel elemento permanente que es el que concreta en realidades los pensamientos y las iniciativas de los hombres de gobierno.”²

Y todo esto, ¿por qué? Para posibilitar una nueva manera de entender la política que supere el corto plazo basado en intereses de partido muchas veces no relacionados con el interés del país y que dé respuesta a las necesidades de una sociedad cambiante y garantice unos servicios y prestaciones de la máxima efectividad y calidad. La política, y en concreto los partidos políticos, ahora y más que nunca, se encuentran sujetos al “dilema del prisionero” de la teoría de juegos,³ en el que el cálculo interesado de uno mismo produce efectos no deseados en los actores en su conjunto. En conclusión, no debe interesar a nadie la situación actual en la que se encuentran atrapados los partidos políticos.

Necesitamos otra concepción política para garantizar un entorno de máxima competitividad para las empresas, así como la innovación y el desarrollo del conocimiento en general, sobre todo aquel que tenga relación directa con las necesidades de la sociedad y que, por tanto, sea fuente de aplicación a los mercados, a través de las empresas, para generar crecimiento económico y empleo.

Sin unas empresas fuertes y sostenibles en el tiempo no es posible desarrollar un estado del bienestar consistente y que garantice la función social, evitando los desequilibrios y fomentando la cohesión.

Creemos que corresponde al mismo sistema en su conjunto encontrar soluciones de futuro que mejoren y adapten las funciones propias de todos los actores sociales de acuerdo con sus responsabilidades, un sistema social tiene esta capacidad de regeneración,⁴ y ahora es el momento de dar un paso adelante en este sentido. Ya nos hemos referido en páginas anteriores al

reto que afronta en la actualidad el estado del bienestar y la gran importancia que tiene el hecho de ser capaces de posibilitar su viabilidad mediante una gestión de los recursos extremadamente rigurosa. El estado del bienestar, sin ninguna duda, ha puesto en entredicho su sostenibilidad futura, y ha impuesto una concepción de la política que para nosotros es clave: esta ha de tener una responsabilidad global sobre la sociedad,⁵ la “competencia universal” si se une a una incompetencia organizativa y gestora de la política nos puede conducir sin ninguna duda a lo que se ha identificado como “el desbordamiento del Estado por la política”, la misma política va creando nuevas situaciones que hacen su propia acción cada vez más y más difícil.

Efectuadas estas consideraciones, ¿cómo reaccionamos?, ¿qué proponemos?, ¿cómo lo hacemos? De momento creando, identificando y alineando los tres niveles que hemos avanzado en el título: la política, la dirección ejecutiva y la gestión.

Alineándolos a partir de lo que denominamos en terminología anglosajona el PMD (*Politics and Management Deal*). Este responde a un modelo de gestión que propone un acuerdo entre la política y la dirección ejecutiva de las organizaciones públicas.

Tratamos de aportar un nuevo punto de vista dentro de lo que la ciencia política ha denominado el NPM (*New Public Management*),⁶ una corriente académica existente desde la década de los años ochenta del siglo xx. Es en esos años cuando empezó a surgir la necesidad de equiparar la exigencia en la búsqueda de la eficacia y la eficiencia entre las organizaciones privadas y las Administraciones Públicas.⁷ El pacto que proponemos en el seno del PMD se diferencia del pacto o *deal* ya existente en los modelos de agencia anglosajones (NPM), ya que en estos últimos el pacto (*deal*) se elabora en defensa de unos intereses divergentes y en lucha entre políticos y directivos. El modelo PMD (*Politics and Management Deal*) propone un pacto o *deal* entre los mismos actores, los políticos y los directivos ejecutivos (*management*), pero desde una perspectiva de interés mutuo, un pacto que suma, que comparte los mismos objetivos y lógicas, que se desarrolla para dar respues-

2. Diversos autores, *El món de Cambó, permanència i canvi en el seu 125è aniversari*, Barcelona, 2001.

3. VON NEUMANN, John & MORGENSTERN, Oskar, *Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton University Press, 1994.

4. N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, Nueva York, Columbia University Press, 1982.

5. N. LUHMANN, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat* (Teoría política en el estado del bienestar), Munich, Olzog, traducción de Alianza Editorial, 1995.

6. Michael BARZELAY, *The New Public Management*, University of California Press, 2001.

7. De los padres del NPM: David OSBORNE & Ted GAEBLER, *Reinventing Government*, Addison Wesley Publishing, 1992.

ta a una estrategia y a una ejecución compartida, de manera que queda establecida, por tanto, una relación *win-win* entre estos dos actores.

En definitiva, un pacto entre la política y el *management*, una aproximación de la política a su empresa, a las organizaciones públicas, a la gestión, a la realidad del día a día, de lo que es posible y factible, de lo que es realmente estratégico para la competitividad y futuro de un territorio y de una sociedad, evitando al máximo el tacticismo más propio de una política que ya no corresponde a las exigencias del siglo XXI.

El modelo PMD aplicado al Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès y que ha implicado una reformulación presupuestaria completa se ha denominado PACTE, que a la vez responde al Plan de Alineación y Competitividad Estratégica, enfatizando tres conceptos fuerza en el modelo: el de alineación de la política y todo el conjunto de la organización pública con unos objetivos comunes y compartidos; el de competitividad, palabra hasta hace poco absolutamente prohibida dentro del entorno de la Administración Pública clásica, donde hablar de ella parecía evocar todas las maldades inherentes al mercado y a la dinámica de las organizaciones privadas; y el estratégico, en contraposición a lo que es puro tacticismo.

Ahora proponemos ser competitivos, con todo lo que conlleva, porque queremos hacer las cosas mejor. Con los mínimos recursos económicos posibles, queremos obtener el máximo beneficio público, porque tiene que ser una responsabilidad inherente a la acción política y a la ejecución de las organizaciones públicas el hecho de garantizar entornos de prosperidad y excelencia. Para conseguirlo, es indispensable que las competencias propias del ámbito público se ejerzan con las máximas garantías y efectividad teniendo en cuenta, por supuesto, los recursos disponibles, tanto humanos como económicos. Proponemos, por tanto, una política y unas organizaciones públicas que intenten superarse a sí mismas, que busquen permanentemente todas las fórmulas posibles de mejora continua y adaptación a la sociedad a la que sirven.

En cuanto al tercero de los conceptos a los que responde el nombre PACTE, el estratégico, no nos referimos a los planes a largo plazo a los que está acostumbrada la Administración, unos libros e informes absolutamente demoledores para la paciencia de cualquier posible lector interesado en la materia. Más bien aludimos a la estrategia ejecutable a corto plazo, a una estrategia rabiosamente ejecutiva y presupuestable de

forma inmediata en el año correspondiente, y con previsiones como máximo a cuatro años vista. Todo lo que en estos plazos no sea presupuestable debe formar parte de otro nivel de análisis. Las necesidades y las previsiones a largo plazo constituyen una información que, evidentemente, será indispensable para una correcta estructuración y definición de los objetivos de la estrategia ejecutable a corto plazo, de todo aquello que se prioriza desde la política para poner en marcha el PACTE. El largo plazo está situado, por tanto, en el contexto de la orientación y los objetivos futuros, pero el corto plazo (lo entendemos como un plazo de cuatro años) será todo aquello estrictamente ejecutable y presupuestable, huyendo por tanto de la no correlación entre el mensaje político y la posibilidad real de ejecución.

Con todo ello se trata de evitar la confusión que muchos planteamientos han generado hasta ahora en la ciudadanía. Se tiende a fusionar el largo plazo con la operatividad del día a día y se lleva a un extremo que al final cae en la inejecución, y esta es la peor enfermedad deseable para un país y una economía en su conjunto: que pase el tiempo sin ejecutarse nada, y estar constantemente hundidos en un debate sin fin. Nos hace falta mucho más realismo y practicidad para aproximar la política y la gestión a la ciudadanía.

El PACTE es también una alternativa a otro modelo clásico aplicado hasta ahora en la política del mundo local, denominado PAM (Plan de Actuación Municipal), un documento y un proceso que se convierten en una herramienta poco operativa y efectiva, que acaba siendo una fórmula más propia del *marketing* político que de la capacidad ejecutiva y real de una Administración municipal. Toda intención política que no se lleve a cabo en el marco de los recursos disponibles y de una ejecución pactada con los directivos públicos, no pasará de ser un documento más, a veces cargado de buenas intenciones, pero con pocas garantías de ejecutividad, y a menudo se transformará en una fórmula más para vender mensajes políticos a la ciudadanía, que la distraen del seguimiento del día a día más real y necesario.

Volvamos a los tres niveles, el de la política, el de la dirección ejecutiva y el del gestor o técnico.

El nivel político tiene que definir los objetivos estratégicos a partir de la interpretación de la situación actual y coyuntural. Asimismo, le corresponde definir los impactos que espera de las políticas públicas sobre la sociedad. No se trata de plantear inicialmente

lo que se hará o cómo se hará, aquí ya llegaremos. La responsabilidad política en el momento inicial tiene que ser la definición detallada de aquello que se quiere conseguir. ¡Qué fácil parece! Pues ahora mismo esto es más propio de la ciencia ficción, y no tanto una posibilidad real. La política muchas veces es incapaz de saber correctamente por qué hace las cosas o, en todo caso, expresémoslo de otra manera, la política actual, al responder a unas lógicas más propias del tacticismo de partido, a las de la subjetividad y del titular mediático, entra en una dinámica de toma de decisiones y de políticas públicas desordenadas, que acaban desorientando a toda la gente que trabaja en las organizaciones públicas y, en consecuencia, a la sociedad que representa.

No existe un posicionamiento estratégico racional en un entorno de fuerte competitividad y demanda social, la política está inmersa en una importante desorientación que la aleja cada día más de las personas, de la gente que ve que su día a día, sus necesidades, no son las de los políticos, que están acomodados en otra lógica, y tienen sus propios intereses, que no coinciden con los de la gente y su territorio.

Al nuevo Gobierno que se constituye, se le debe pedir la definición de los objetivos estratégicos para el mandato o legislatura. Esta concreción de los objetivos estratégicos de un Gobierno se tiene que poner en conocimiento y compartir de manera inmediata con el nivel de dirección ejecutiva, el *management*. Este nivel corresponde a un nuevo perfil de directivo público que responde a la confianza ejecutiva (no a la confianza política actual) y que será el encargado de liderar y llevar a la práctica ejecutiva toda una batería de objetivos competitivos, que serán los que se entiendan adecuados o apropiados para conseguir el impacto de la política pública planteada o propuesta desde el objetivo estratégico.

Es fundamental, por tanto, la aproximación de la política a la dirección ejecutiva. Desde el primer momento, la dirección ejecutiva deberá pactar y adoptar una estrategia competitiva alineada con los objetivos que la política define, y, por tanto, estos objetivos se construirán y alcanzarán de forma conjunta entre el nivel político y el ejecutivo.

No se pueden aceptar los objetivos a cualquier precio. La función del *management* público se debe juzgar por su capacidad de ejecutar lo pactado, deberá tener en cuenta, por tanto, lo que es posible y todo aquello que se defina con anterioridad de manera conjunta. Es

también importante diferenciar la confianza política de la confianza ejecutiva. La primera configura un directivo público que al mismo tiempo tiene un rol dentro de los partidos políticos, convirtiéndolo en una mezcla de político-directivo que destruye cualquier esquema de ejercicio racional de responsabilidad, ética y transparencia en todo aquello que únicamente debe ceñirse a temas relacionados con la gestión y la ejecución.

El tercer nivel, el técnico, el gestor, corresponde a cargos que también son directivos, pero ya mucho más especializados, responsables de poner en funcionamiento los procesos necesarios dentro de las organizaciones públicas. Corresponderá al directivo gestor definir los objetivos funcionales, aquellos que harán posible alinear el día a día más técnico de la organización con los objetivos competitivos definidos por la dirección ejecutiva.

Ya tenemos, por tanto, una primera aproximación al desarrollo de este modelo a tres niveles, que de forma inicial estructura toda la estrategia, vinculando y relacionando en cascada unos objetivos políticos y estratégicos con unos objetivos competitivos y de carácter funcional. Una vez hilvanada esta cadena, el trabajo y la comunicación entre el político responsable de aquella área o materia y los directivos ejecutivos correspondientes han de ser constantes, constructivos y fluidos. Un político que no conozca la realidad del día a día en el seno de su organización ejecutiva no será un político fuerte o, en todo caso, no será el político que necesita el siglo XXI. Nos hace falta un político que estructure sus mensajes a partir de lo tangible, de la ejecución real del día a día, de esta manera se tejerán una lógica y una responsabilidad más concretas e inteligibles hacia su actuación.

Explicar lo que se hará desde una perspectiva ejecutiva no es tecnocracia, sino sencillamente un ejercicio cargado de valores, de transparencia, de ética y de preocupación por la responsabilidad política.

La ciudadanía entenderá mucho mejor, a día de hoy, esta lógica técnica y ejecutiva, que una política que se comunica a través de mensajes que responden a una inercia, más propia de una gran obra teatral, que algunos políticos van escribiendo sobre la marcha de acuerdo con sus necesidades e intereses, unos mensajes bien "fáciles", no sea el caso de que alguien se preocupe en exceso por las responsabilidades reales que implican. Estas actitudes provocan que el desprestigio político no tenga freno.

Es fundamental también disponer de partidos políticos con funciones renovadas, nos hace falta otro tipo de partido, un partido que alimente al sistema con una política renovada, capaz de retornarle el prestigio e ilusionar a la colectividad que representa.

Todo ello, buscando otra lógica sistémica, desde el partido político hasta llegar al funcionario.

Un nuevo directivo ejecutivo para un nuevo político

Tal y como hemos comentado, vivimos en un mundo de complejidades crecientes, donde todos nosotros nos encontramos sometidos a cambios, y nos vemos obligados a afrontar nuevos retos. De este modo, la Administración Pública concebida como herramienta ejecutiva de la política no puede ser una excepción, al contrario, se convierte en un factor clave para la competitividad de un país. De la calidad de sus acciones surge un marco general con más o menos posibilidades para todos los actores que ejercen su actividad en el territorio.

La política vive demasiado a menudo de espaldas a la gestión, y esto es un error que es necesario corregir si queremos avanzar. Las organizaciones y empresas públicas son la herramienta que hace posible la ejecución real y tangible de las políticas públicas, se trata de la empresa más importante de un país en aquello que hace referencia a su impacto. De su capacidad de ejecución, en términos de productividad y calidad, dependen la competitividad y las posibilidades de éxito del resto.

En relación con la valoración de directivos, ¿no es igual, o incluso más importante, la consecución de los objetivos económicos y de gestión de las organizaciones y empresas públicas que los beneficios de cualquier empresa cotizada o de capital privado? ¿Por qué, por tanto, no existe y se valora un mercado y una estructura potente de directivos para las organizaciones públicas? ¿Por qué no han de existir unos directivos tan valorados y remunerados como los que puedan desarrollar su carrera profesional en el seno de las empresas privadas? Todo ello tiene sus raíces en las grandes incongruencias, dependencias y opacidades que genera una mezcla mal concebida de políticos ejerciendo su función de cargos electos por un lado y la función directiva en el seno de las organizaciones públicas por el otro. La política, en definitiva, ha invadido un ámbito

que no le es natural, el de las direcciones ejecutivas, y ha afectado de manera relevante el funcionamiento óptimo del sistema, si tenemos en cuenta las características y las exigencias del entorno actual.

Por el contrario, para poder disponer de un sistema de organización pública, con unos directivos ejecutivos fuertes y desvinculados de la relación política, nos hace falta de manera ineludible un nuevo perfil político para los cargos electos, en otras palabras, el directivo ejecutivo solamente es posible en la medida en que exista un político tan fuerte como él, capaz de entender la función del directivo, lo que necesita, lo que se le puede exigir y lo que no, capaz de entender la maquinaria ejecutiva para poder construir una estrategia conjunta, uno con el rol de político estratégico y el otro con el rol ejecutivo. En el caso de no producirse estas condiciones, el político se convierte en un simple títere en manos del directivo, o bien se acaba nombrando como directivo a un político "amigo y del partido", sin que se le puedan exigir demasiadas responsabilidades.

La preocupación por buscar una relación entre el conocimiento y el poder, ha sido una constante a lo largo de toda la historia de nuestra sociedad, desde el filósofo Platón, pasando por Bacon, Saint-Simon y Comte hasta Veblen, Burnham, Galbraith y Bell. A todos ellos, entre muchos otros, se les ha identificado dentro de un concepto denominado política tecnocrática, la que trata de poner el poder en manos de aquellos que saben, en manos de los mejores.

A modo de crítica habitual, se ha identificado esta relación entre conocimiento y poder como un fenómeno intrínsecamente antidemocrático.

Volvamos a una de las claves fundamentales que ha alimentado este libro y el modelo que plantea, el *politics and management deal*. La sociedad y el mundo han cambiado, todos los sistemas en su conjunto se han visto afectados. Es en estos momentos de transformaciones donde nacen nuevos paradigmas que dejan atrás momentos anteriores, y este es el caso de la superación del concepto tecnocrático.

¿Qué tenemos de diferente respecto a las sociedades y épocas anteriores, donde se planteaba esta tecnocracia, esta relación necesaria entre ciencia, tecnología y poder? Pues sencillamente que antes la relación era de filósofo-rey con el poder, de la ciencia con el poder, del saber con el poder, de la tecnología con el poder, mientras que en estos momentos no estamos defendiendo esta relación, sino otra sencillamente por la existencia de nuevos elementos que no

son únicamente ciencia, saber y tecnología. Hoy en día tenemos muy desarrolladas todas las estructuras organizativas, hablamos de capacidades operativas, de gestión y ejecución, de eficacia y eficiencia en el desarrollo de cualquier idea política que pueda plantearse, de la vinculación del trabajo bien hecho con el poder, de la transparencia con el poder, de la responsabilidad y ética con el poder, de la ejecutividad con el poder, y, finalmente, hablamos de ahuyentar la demagogia y las palabras grandilocuentes, para nada operativas, y, por tanto, contrarias a los intereses y derechos de los ciudadanos.

Nos referimos a un derecho que debe ser inherente a la propia democracia: que los escogidos para la representatividad de la colectividad cumplan y respeten los requisitos mínimos que se exigen en cualquier otra actividad de nuestra vida. ¿No es democracia pedir que aquellos que rigen el puerto de destino de nuestra embarcación tengan unas aptitudes y actitudes determinadas? Atención, esto no nos asegura que sean los "mejores", no se trata de eso, pero como mínimo garantizaremos que exigimos unos mínimos de común acuerdo social que son imprescindibles para alcanzar ciertas responsabilidades tan relevantes para la sociedad: nos va el futuro, y esto no es ninguna broma.

Seguramente la época y el mundo en que nos ha tocado vivir piden y exigen más que nunca esta relación entre las capacidades y el ejercicio del poder. En este ámbito deberíamos impulsar una de las funciones clave de los partidos políticos del mañana: alimentar al sistema con los políticos más capaces de trabajar para un país, en un entorno y unas circunstancias determinadas. Los partidos políticos deberían competir entre sí para presentar y defender la idoneidad de sus equipos, el porqué de las personas que proponen, su experiencia anterior, sus capacitaciones y su encaje con las políticas públicas donde pueden ser realmente operativos y fuertes. ¿Es posible que un político pueda ejercer en absolutamente cualquier ámbito o política pública? Esto, y permítannos la contundencia, es absurdo. ¿Y, por tanto, por qué se hace? Es sencillamente un reparto de poder, de cartas y de facciones interesadas dentro de los partidos y sus entornos, bienvenidos a la mala política, una política que después se extraña de que la ciudadanía se aleje y se desinterese de ella cada vez más.

Los partidos políticos deberían competir por el voto con proyectos ilusionantes, y transmitiendo a la ciudadanía que son los más competentes, los que mejor

pueden gobernar para conseguir alcanzar sus ideales, la competitividad, el crecimiento del territorio y el bienestar social. Si esto fuera así, el partido político ganaría en contenido, razón de ser, seriedad y compromiso con la sociedad. Esto es más importante y ofrece más garantías que el simple y deseable concepto de listas abiertas, que posibilita la no dependencia de las estructuras del partido, pero que no resuelve ningún problema de fondo. No creemos que el futuro pase por desvestir al partido político, sino por reinventarlo, y dotarlo de nuevos contenidos y responsabilidades sociales.

Nos hace falta una política valiente y transparente, que garantice el derecho de los ciudadanos a tener las mejores organizaciones públicas posibles, motivadas y exigentes, al mismo tiempo, con las personas que trabajan en ellas. Y estas personas son los funcionarios o la función pública en su conjunto, personas que en su gran mayoría son excelentes profesionales, y que desgraciadamente y demasiado a menudo se ven arrastrados por la desidia, la falta de motivación, de objetivos y de definición que la política, a través de una dirección obsoleta e impropia de la "función política", les imprime. Por todo ello, hacen falta buenos directivos que no trabajen para el partido desde las organizaciones públicas, sino que se encarguen de trabajar para cumplir con los objetivos preestablecidos en interés del territorio, evitando así estas situaciones tan adversas para todas las personas que trabajan en la Administración, y, al mismo tiempo, tan contraproducentes por el impacto que producen en el conjunto de la sociedad.

El capital humano disponible en las Administraciones Públicas es un activo de primera magnitud para el país. Los que consideran que las personas y la capacidad humana son pilares fundamentales de una sociedad sostenible y de calidad, entenderán perfectamente lo importante que es saber aprovechar y hacer funcionar este capital humano de manera que, de su acción, surjan los mejores frutos posibles para un país o territorio. Alcanzar este objetivo tiene que ser el reto de unos nuevos directivos ejecutivos que puedan ejercer su función bajo el amparo de un nuevo perfil político que entienda esta función directiva y pida direcciones ejecutivas potentes y no vinculadas con el partido político.

Los políticos y directivos actuales que con determinadas actitudes y posicionamientos no tengan en cuenta la función pública, que la arrinconen despectivamente refiriéndose a ella como "los funcionarios"

que no saben ni quieren hacer nada, se quedarán muy satisfechos, y, de paso, habrán externalizado y disipado su responsabilidad, pero en ningún caso estarán contribuyendo a solucionar los problemas de fondo que, por cierto, les corresponde solucionar. Un político o directivo que no crea en su equipo humano ni quiera seguir adelante con él, que no cuente en definitiva con el activo más importante del que dispone para llevar a cabo sus actuaciones, no debería estar ejerciendo su cargo. Actitudes de este estilo no aportan valor al ciudadano y a la sociedad en su conjunto. Dirigir organizaciones grandes, personas, equipos de trabajo, construir escenarios de motivación, fijar objetivos e ilusionar a la gente en el día a día, sabemos que es una tarea difícil, y que requiere un gran esfuerzo y dedicación. Precisamente por ello son necesarios directivos públicos ejecutivos de nueva generación, con una nueva mentalidad, dispuestos a asumir nuevos retos sin interferencia política. Una función directiva, un *management* nuevo, de nueva construcción, que a día de hoy aún no existe.

Un *management* que se sitúa entre la política y la función pública, que no se rige ni se nombra sobre la base de la confianza política –ya que no deben ser cargos políticos–, sino sobre la confianza ejecutiva que se fundamenta en su capacidad para liderar organizaciones que quieren alcanzar objetivos pactados y predefinidos conjuntamente con la política. Esta es la razón de ser del modelo

PMD (*politics and management deal*), un modelo que necesita un nuevo perfil político y un nuevo directivo ejecutivo.

Aparte de este nuevo “nivel” de *management* o dirección ejecutiva, para tener buenos directivos capaces de tratar el capital humano de las organizaciones públicas de una forma orientada al nuevo siglo, es necesario también redefinir la función pública, permitiendo cierta flexibilidad. Estamos convencidos de que un nuevo modo de hacer político, conjuntamente con un nuevo modo de hacer directivo, predicando con el ejemplo desde la política y las direcciones públicas, permitirá que toda flexibilización necesaria dentro de la Administración caiga por su propio peso y evolución natural. ¿A quién no interesa estar en organizaciones que se preocupan por las personas, por su motivación y por el desarrollo de las mejores capacidades de cada uno?

Con un político que lidera, que es capaz de entender las organizaciones públicas, y que toma decisiones

basadas en el interés del territorio y de los servicios públicos de los que es responsable, con unos directivos no vinculados a la esfera política que responden por ser los líderes de una organización exclusivamente ejecutiva, cualquier actitud contraria a la competitividad de la organización, a la búsqueda de la excelencia, a la superación personal y a la mejora de la productividad en su conjunto de la organización pública, debería ser arrinconada y eliminada sin ningún tipo de contemplación. En este caso nos encontraríamos con un auténtico agravio para los derechos de los ciudadanos en una democracia avanzada; los intereses y la comodidad personal de una persona que tiene garantizado su puesto de trabajo para toda la vida dentro de la Administración Pública, no pueden pasar nunca por delante de los intereses colectivos y la competitividad de un territorio o país. No se puede dejar sitio a la existencia de la figura del funcionario clásico que pervive en el imaginario de una buena parte de la sociedad, contrario a la productividad y a los servicios de máxima exigencia y calidad que se prestan al ciudadano. Eso sí, en todo caso, para llegar a esta situación que todos nosotros seguro que deseamos, primero es necesario predicar con el ejemplo: como dirían los anglosajones, *Walk the Talk!* Paremos, por tanto, de criticar y de quejarnos, y comencemos a trabajar inmediatamente. Demos un vuelco a la cultura política y al sistema actual, porque no responden a aquello que el futuro nos pide.

Acerca de la función pública

Conversando acerca del funcionamiento de la Administración Pública con un emprendedor y directivo de una muy sólida empresa familiar catalana, puntera en su sector a nivel estatal, hombre tan clarividente como sensato y discreto, le sugerimos que imaginase cómo funcionaría la empresa que dirige sin la capacidad de incentivar al personal en función de su implicación en el proyecto global, el alcance de objetivos fijados o su productividad. Nos dijo que le parecía imposible imaginarlo. Pues bien, esta organización que le costaba imaginar a este hombre, y a tanta gente que crea puestos de trabajo y bienestar desde el mundo de la empresa y el trabajo, existe, y se llama Administración Pública. Incluso desde este aspecto de la gestión, la Administración también pone de manifiesto su singularidad, y se mueve a un ritmo diferente de su entorno. En nuestro sistema legal,

nuestras antiguas y obsoletas leyes reguladoras de la función pública impiden aquello que es normal en toda sociedad y entre la gente que trabaja y aspira a ganarse la vida honradamente, como es el establecimiento de incentivos en función de los resultados del trabajo de cada persona. Haciendo una caricatura de la situación descrita, podríamos decir que en la Administración a quien trabaja mucho se le “recompensa” con el trabajo pendiente del que no hace nada. Es una caricatura, sí, pero que pone el dedo en la llaga de una realidad conocida y que pesa como una losa sobre nuestro sistema de gestión pública.

Es necesario decir que nuestro sistema es antiguo, muy antiguo, y si en su día fue moderno, la realidad del mundo actual lo ha convertido en obsoleto. Es un sistema que, por este y otros motivos que hemos explicado, a pesar de tener múltiples ventajas, se convierte en un desaliento para aquellos que trabajan en él, porque limita la iniciativa, se compromete poco con el esfuerzo y es poco honesto con los ciudadanos que con sus impuestos lo mantienen, y que tienen el derecho de que todas y cada una de las personas que trabajan en él den lo mejor de ellas mismas. Sorprendentemente, este sistema tiene unos grandes defensores entre los sindicatos de la función pública, defensores a ultranza del *statu quo*, sin darse cuenta de que esta actitud tan conservadora va en contra del prestigio de la función pública que representan, constituye un freno a la voluntad de superación de muchos profesionales esforzados y vocacionales, y acelera el proceso de externalización de servicios y personal que practican muchas Administraciones, asustadas frente a la esclerosis, las limitaciones y la falta de flexibilidad de nuestro sistema funcional.

Esto tiene que cambiar, y más vale que sea rápido, ya que actúa como freno a la deseable eficacia, competitividad y necesidad de excelencia de la Administración, y acelera la dualidad entre sector público y privado que, como hemos comentado antes, no es soportable en los tiempos que corren y, sobre todo, en los que vienen.

Ha quedado expuesto que la política necesita incorporar un elemento nuevo, fuerte y potente, como es la figura del directivo público. Se trataría de un directivo ejecutivo con las mismas competencias o más que el directivo de la empresa privada, y, por tanto, se le podría exigir lo mismo, tanto a nivel de conocimiento como de responsabilidad para conducir organizacio-

nes. En todo caso, se le debería remunerar también de forma análoga.

La “confianza ejecutiva” debe prevalecer sobre la “confianza política” que actualmente se pide al directivo público. Solamente de este modo los mejores directivos de la empresa privada podrán también prever la posibilidad de dedicar su tiempo y su desarrollo profesional a una organización o empresa pública. Tengamos en cuenta que, actualmente, la propia ley, si nos referimos a la situación política en España, identifica al directivo público como un cargo político.

La preeminencia de la confianza política actual sobre los cargos de dirección pública, genera un mercado de directivos ineficiente, nada transparente ni competitivo.

El modelo PMD (*politics and management deal*) puede ser aplicado y desarrollado en cualquier tipo de organización y nivel gubernamental, fundamentalmente se trata de delimitar y al mismo tiempo aproximar, mediante el hecho de compartir objetivos comunes, la política, la estructura pública ejecutiva y las Administraciones Públicas, las empresas públicas, organismos, etc. Se trata de alinear a los actores y definir claramente sus responsabilidades.

El modelo es sencillo y persigue ser fundamentalmente práctico, tanto para el Gobierno como para las organizaciones públicas que, en su día a día, persiguen objetivos determinados. Es una herramienta que pretende facilitar la toma de decisiones, la determinación de lo que es prioritario y de lo que no lo es en un entorno y una coyuntura determinados, la alineación completa desde las juntas y los consejos de gobierno hasta cada uno de los servicios públicos, una previsión que corresponda y se adapte a la estrategia y a los objetivos fijados, y que incorpore en sus filas a un personal motivado que encaje las mejores capacidades de las personas con la política estratégica de la organización o servicio público. En definitiva, un modelo que se rija por unos valores fundamentales como son la transparencia y la responsabilidad. En cualquier caso, todo esto implica que hablemos de un modelo que ahora mismo, si hacemos un ejercicio de realismo, se encuentra muy lejos y no encaja ni con la cultura política de nuestro sistema actual ni con las funciones que actualmente están llevando a cabo los partidos políticos.

Para que este modelo tenga los mínimos imprescindibles que garanticen su implantación y éxito, son necesarios partidos políticos que admitan este nuevo enfoque y redefinan sus funciones. Estos tienen

que entender que su función principal consiste en proveer al sistema político de los mejores perfiles y capacidades para ejercer como político, porque esta cuestión es de gran relevancia para la competitividad y el futuro progreso de un territorio determinado. Se trata de un auténtico derecho del ciudadano a que su país y entorno estén liderados por unas personas que atesoran unos mínimos de calidad que son exigibles a cualquiera de los mortales que quieren desempeñar profesionalmente un trabajo dentro del mercado laboral.

Una política, por tanto, con nuevas preocupaciones, capacidades y actitudes, que no se corresponden con los patrones clásicos actuales, fundamentalmente basados en el tacticismo, el corto plazo y la poca vinculación, y un débil compromiso con la maquinaria ejecutiva pública, con la función pública. Asimismo, hablamos de un nuevo tipo de directivo público, que tenga capacidad de liderazgo y, al mismo tiempo, suficiente conocimiento para ejercer la función ejecutiva de las organizaciones públicas. Estos nuevos directivos públicos son los que deben pactar los objetivos con la política, y tienen la responsabilidad y el objetivo de convertir las ideas y proyectos políticos en una realidad tangible y ejecutada por parte de la empresa, de la política y de los ciudadanos.

Estos nuevos directivos constituyen, por tanto, un nivel dentro del modelo inexistente en la actualidad. En cualquier caso, los directivos actuales se entienden como "eventuales" vinculados a los políticos electos y nombrados sobre la base de la confianza política, es decir, son personas, en la inmensa mayoría de los casos, de partido, y la propia normativa legal los identifica como políticos o cargos políticos que están ejerciendo de directivos públicos. Esto es terriblemente nocivo, e inapropiado para disponer de escenarios ejecutivos y rigurosos con la gestión. Es terriblemente contrario a la creación de climas de confianza, tan necesarios dentro de cualquier organización para su buen funcionamiento y para la motivación de las personas que trabajan en las organizaciones públicas. En resumen, los directivos nombrados sobre la base de la confianza política, pueden generar un impacto negativo sobre el ciudadano y la competitividad del territorio.

El capital humano de las organizaciones públicas

En el año 2009, el Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès, una organización pública catalana, precisamente debido a la aplicación del nuevo modelo en la medida en que ha sido posible, ha sido reconocido como la mejor organización en el ámbito europeo dentro de la categoría de la gestión, la que se conoce como *Leadership and Management for Change* (Liderazgo y gestión del cambio). El premio⁸ es otorgado por el Instituto Europeo de Gestión Pública,⁹ con sede en Maastricht y dentro de la estructura autónoma de la Comisión Europea. Todos los países miembros forman parte del mismo, y al reconocimiento se presentan instituciones de todos los niveles gubernamentales, desde el mundo local, pasando por Gobiernos y estructuras regionales, hasta ministerios y la misma Comisión Europea como institución pública transversal. Por dicho motivo, para un Ayuntamiento que gobierna una ciudad catalana de 80.000 habitantes, conseguir este reconocimiento y ser escogido como uno de los mejores en la gestión del cambio en Europa, es un hecho realmente valioso. Este reconocimiento se ha conseguido después de superar un muy riguroso proceso evaluador, llevado a cabo por el propio Instituto y tres consultoras europeas independientes, y de un análisis sobre el terreno del Ayuntamiento y diferentes entrevistas con agentes internos y externos. Es un hito que debe animar a quienes tienen alguna responsabilidad en temas similares, para que de este modo, desde otras Administraciones locales, se continúe mejorando la acción política y pública, ya que nos queda por recorrer un camino tan largo como apasionante.

Sant Cugat podrá exportar y dar a conocer a Europa su experiencia en la política y gestión pública del siglo XXI. Esta ciudad, con más o menos acierto, ha apostado fuerte por implantar cambios complejos en la cultura organizativa que ha formado parte del ADN de la organización. El modelo de gestión PMD llamado en Sant Cugat el PACTE,¹⁰ ha afrontado, y deberá continuar haciéndolo, retos importantes que aún es necesario superar, pero no por ello se debe dejar de luchar en

8. EPSA, European Public Sector Award 2009, www.epsa2009.eu, Maastricht.

9. European Institute of Public Administration, www.eipa.eu, Maastricht.

10. PACTE, Plan de Alineación y Competitividad Estratégica.

esta dirección, al contrario, ahora esta ciudad tiene las bases necesarias para dar un paso adelante, de gran impacto, en beneficio de la ciudadanía y el progreso.

El modelo implantado en la ciudad de Sant Cugat apunta en esta dirección, es valiente y está lleno de ilusión. Un modelo, eso sí, que pide cambios con celeridad y que entendemos que puedan causar incomodidad y temor, pero que no pueden dejar de aplicarse por la obstaculización de aquellos que no los quieran impulsar. Los ritmos de aplicación los debe marcar la sociedad. Ni los responsables políticos ni la Administración deben tener este poder, al contrario, su tarea, para el beneficio de las personas y los ciudadanos, es la de estar siempre al día con la máxima agilidad posible, asumiendo todos los costes necesarios.

Son muchos los elementos que caracterizan el modelo. En estos momentos, sin embargo, dedicaremos una atención especial a un factor clave que es su base o columna vertebral. Hemos hablado hasta ahora de la aproximación de la política a la gestión, hemos puesto de manifiesto que para hacer efectiva esta aproximación y pacto es necesario un nuevo perfil político y también un nuevo directivo público, pero el gran activo que tienen la política y estos directivos son el conjunto de personas que trabajan en la función pública. Estas personas representan un capital humano extraordinario que, desgraciadamente, demasiado a menudo no sabemos aprovechar como país. La gran excusa que un político tiene a su alcance es sencillamente la de acusar a los "funcionarios", cuando posiblemente la raíz del problema se encuentra precisamente en una política que no se preocupa por la gestión, y en unos directivos públicos que no llevan a cabo lo que se espera de cualquier alto directivo en otras organizaciones.

Los buenos directivos, aquellos que realmente están dispuestos a entender sus organizaciones y a transformarlas de acuerdo con las necesidades de los beneficiarios de sus servicios o productos, son los que fomentan la motivación personal y saben extraer lo mejor de las personas que trabajan en la organización. ¿Quién es el responsable de una organización desmotivada? ¿Tenemos que creer que la mayoría de las personas quieren acudir a su puesto de trabajo para no hacer nada? ¿Que no quieren tener ninguna ilusión ni motivación personal? ¿Que no desean saber qué es lo que se espera de su aportación personal al proyecto? ¿Que no anhelan tener objetivos ni ambiciones? ¿Que no persiguen superarse? ¿Creemos de verdad que la mayoría de las personas se quieren levantar cada ma-

ñana con este panorama? Esto es un auténtico disparate, podemos estar bien seguros de que la mayoría de seres humanos quieren vivir la vida con plenitud, y tener un puesto de trabajo en el que estén satisfechos y en el que puedan dar lo mejor de ellos mismos, trabajar con ilusión y ganas, saber claramente hacia dónde va su organización y qué se espera de su puesto de trabajo y del departamento en el que desarrollan su tarea profesional.

Seguro que ese "funcionario" (en el sentido despectivo del término que identifica a quien no tiene ganas de trabajar) y el clásico "vuelva usted mañana" de Mariano José Larra también existen, y seguramente siempre existirán, en el sector público y por descontado también en el privado. Pero no es en este colectivo donde tenemos que centrar nuestra atención, son una auténtica minoría, ya les dedicaremos tiempo cuando estemos bien convencidos de que el resto, la gran mayoría de personas de nuestra organización, están motivadas y tienen ganas e ilusión de llevar a cabo aquello que precisamente más identifica a las personas que trabajan en la función pública: el servicio a aquello que es público. Para llevar a cabo un buen servicio público se tiene que ser tan exigente con uno mismo como haga falta. Lo que es un auténtico error y despropósito es dejar que la desmotivación, la desgana y la falta de competitividad se extienda por todo el personal que integra el sector público cuando aquel, a través de su actividad y decisiones, es el que representa prácticamente la mitad del PIB de un país y moldea el entorno y las posibilidades de éxito del resto de actores. Es el que hace posible pasar de la política a la ejecución, pasar de las voluntades y la estrategia a la realidad operativa.

Es importante, por tanto, recuperar el concepto positivo de las organizaciones públicas. Existe una clara relación entre la imagen de uno mismo y su capacidad de acción, así como también entre el pensamiento y el comportamiento desde el punto de vista organizativo. En otras palabras, se produce un efecto Pígalión, las expectativas, la opinión pública, afectan directamente al comportamiento de la Administración, y, por tanto, esta se acaba comportando de la misma manera que es percibida por los otros. No es la organización, por tanto, la que determina una visión *ex ante* sobre ella misma, son los agentes externos los que forjan su imagen. Este razonamiento también es aplicable a nosotros mismos como personas y, por descontado, a cualquier otro tipo de organización o empresa privada.

Es necesario reaccionar, reconducir esta negatividad que afecta a uno de los activos más importantes del país. Al fin y al cabo, se critican mucho los lentos y cargantes procesos para acceder a un puesto de trabajo de funcionario dentro de la Administración, ¿pero alguien puede decir que después de haber pasado exámenes y pruebas no se ha tratado de garantizar un mínimo de capacidades y conocimientos para poder acceder a estas funciones? Seguro que es necesario garantizar la modernización y evaluación de acuerdo con las necesidades actuales en todos los procesos y concursos públicos, muchos de ellos basados en unos criterios caducos en las formas y los plazos, pero el proceso es correcto, se trata de incorporar a la función pública solamente a quienes superen las pruebas oportunas, para poder garantizar la transparencia e igualdad de oportunidades.

Si a las personas que trabajan en las organizaciones públicas únicamente somos capaces de recordarles sus limitaciones y las miserias de su estatus como funcionarios o empleados públicos, estaremos solamente alimentando la negatividad de un sistema que no nos conduce a nada, al contrario, se trata de valorar para conseguir la excelencia, de incentivar para poder exigir y evaluar el compromiso con el servicio público. Este compromiso forma parte de su contrato y es consustancial, precisamente, con aquello que tanto valoran los empleados públicos: el valor o la cosa pública.

Tenemos que ser capaces de valorar nuestro activo humano para poder obtener su máximo rendimiento, y cuando lo hagamos será cuando, al contrario de lo que habitualmente se cree, podremos exigir más desde la sociedad. En el caso de no cumplirse con lo que se esperaba, o bien si la actitud es contraria a los valores preestablecidos, se produce un incumplimiento contractual claro. El trabajo garantizado para toda la vida ha de tener una contraprestación indiscutible: la alineación con la organización, la voluntad de trabajar y de mejorar continuamente con el objetivo de aportar lo mejor de uno mismo para la consecución de los objetivos de una organización que, en definitiva, actúa como un agente de un sistema representativo y democrático.

¿Es, por tanto, un problema del personal que trabaja en las organizaciones públicas? ¿Es el problema de los funcionarios? No, es necesario cambiar este punto de vista, se debe analizar desde otra posición: la nuestra como sociedad, nuestros políticos y directivos públicos, todos nosotros debemos preguntarnos qué es lo

que no hacemos correctamente, cómo enfocamos los problemas o planteamos las preguntas. Es necesario hacer una reflexión conjunta y buscar la positividad, que la negatividad general no absorba la potencialidad que tenemos como país, que es muchísima y potente. Las palabras y las actitudes tienen mucha fuerza, tanta que poseen la capacidad de cambiar el mundo si generan la motivación y ejecutividad apropiadas; se debe abandonar las palabras únicamente inmersas en una negatividad infernal, mirar en positivo y trabajar con lo que se disponga. Hasta que no agotemos las posibilidades disponibles tenemos un recorrido extraordinario, la queja permanente nos lleva a la autocomplacencia y a la falta de ejecutividad, unas carencias que benefician a muchas personas pero que agotan y condenan al conjunto del país.

Si la organización pública tiene una visión clara de aquello que quiere conseguir, de sus objetivos y de su impacto en la sociedad, tendrá capacidad para imaginar, visualizar su futuro y justificar el porqué de su día a día y de su esfuerzo. Una organización con capacidad de visión sencillamente tiene un gran poder que, no olvidemos, es propiedad y beneficio del país y del conjunto de la sociedad.

En definitiva, deseáramos unas organizaciones que respondan a unos valores que solamente forman parte del comportamiento humano, que no son algo material, ni nada que corresponda a nadie más que a las personas, y como los valores son la base de todo lo que proponemos, es precisamente por esto por lo que el principal activo son las personas que forman parte de la organización.

Unas organizaciones públicas y una política que siempre digan la verdad, y para ello es necesario ser valiente y tener coraje.

Unas organizaciones públicas y unos políticos que cuiden nuestro mundo, que se preocupen por su futuro, por la competitividad de su territorio, el progreso de nuestras generaciones futuras y el bienestar colectivo, todo ello por encima de los intereses individuales y partidistas, y para ello se necesita mucha integridad.

Unas organizaciones públicas y unos políticos que traten a la gente como se merece, respetando lo que es individual, sin demagogia, y sobre todo con profesionalidad y preocupación por el servicio del que son responsables, y para ello es necesario tener elegancia y compromiso.

Unas organizaciones públicas y partidos políticos donde trabaje gente capaz de aceptar riesgos perso-

nales, con capacidad para cambiar y resolver nuevas situaciones, de trabajar en entornos y situaciones donde prevalezca la incertidumbre, para ello se necesita dar ejemplo.

Las organizaciones que ejecutan sus funciones con éxito, que alcanzan los objetivos y los superan, son aquellas donde prevalece la ilusión y la motivación, así como la positividad, nada importante se consigue si se carece de estos valores. Necesitamos, por tanto, crear y desarrollar entornos que fomenten estas actitudes. Si, por el contrario, las personas perciben negatividad o contrariedad, lo que conseguiremos es alimentar la falta de creatividad y de cualquier otro valor anteriormente mencionado. La creación de estos entornos básicos es una tarea que implica a todos los actores, principalmente a la política por su rol de liderazgo, a la opinión pública en general, a los directivos de las Administraciones Públicas y finalmente a todos los que trabajan en la función pública.

La sociedad, y en especial de forma individual, el ser humano, necesita poder ser escuchado y tener aquella sensación tan intrínseca a todos nosotros, la de sentirnos únicos. Sin embargo, sobre todo necesita sentirse parte de algo que es importante: ¡qué gran experiencia y qué estrategia tan potente la de ser capaces de soñar colectivamente! Si analizáis un trabajo de equipo como el hecho por Pep Guardiola en los vestuarios del FC Barcelona, un equipo que lo ha ganado absolutamente todo en el año 2009, alcanzando un hito histórico no conseguido por ningún otro equipo a lo largo de toda la historia de este deporte, podréis comprobar que no ha faltado ninguno de los apuntes mencionados en estos últimos párrafos.

Es necesario que nos atrevamos a cambiar conceptos, puntos de vista y todos los prejuicios que aún arrastramos, y que ya no son válidos para la sociedad actual.

La innovación, la excelencia, la creatividad, todo lo que sabemos es lo que corresponde a nuestra era, y es muy relevante para la competitividad de nuestros mercados y empresas. Nada de todo esto se consigue si no es a través de las personas y de las actitudes humanas. Nos hacen falta unas organizaciones públicas dispuestas a crear y a construir los mejores entornos públicos posibles para facilitar a la sociedad todo este alud de cambios, a la vez que se ejerce el rol de estabilidad y seguridad personal. La responsabilidad del servicio público en el mundo actual es clave, tanto que necesita gente inconformista, con capacidad de querer ir más

allá incluso en aquello que ya está bien, que persiga la excelencia de forma permanente, precisamente para proporcionar una estabilidad y una garantía de futuro al conjunto de la sociedad. Lo que hoy es suficiente mañana será carencia, si no somos capaces de seguir los ritmos de los tiempos.

¿Cómo podemos afrontar unas transformaciones tan importantes? De nuevo, encontramos la solución en el modelo PMD ya explicado, en unos nuevos políticos y directivos ejecutivos que sean capaces de llevar a cabo una función absolutamente básica, la del liderazgo y ejecución. Las personas y las organizaciones necesitan unos liderazgos claros y definidos que, en un modelo como este, han de predicar con el ejemplo. Con estos liderazgos vamos cerrando el círculo de una propuesta de cambio del sistema que abarca desde el partido político y sus funciones hasta la última de las personas que trabajan en las organizaciones públicas.

La búsqueda del carisma, por parte del político, es incansable. El carisma, sin embargo, cuando solamente es construido de forma artificial no deja de ser una fuente de egocentrismo. El futuro y las experiencias negativas del pasado ponen de manifiesto que son necesarios liderazgos con un carisma que nazca de manera natural, que lleve escrito el código genético que integra la ética en su día a día, la moralidad y la defensa de los valores básicos que permiten a la sociedad desarrollar y construir un futuro incentivador.

Los directivos y todas las personas que trabajan en las organizaciones públicas acompañan a la política, la convierten en posible y ejecutiva, constituyen la empresa que hace posible pasar de las voluntades políticas a la acción y ejecución de las políticas públicas. Para alcanzar todos estos valores y objetivos nos hacen falta nuevos liderazgos, los mejores ejecutivos para las organizaciones públicas, que no tienen que ser los mejores del mundo, sino los mejores para el mundo del que forman parte.

Los partenariados público-privados

Una organización pública bien gestionada implica una estructura ágil, flexible, competitiva y que sepa entender el entorno y la importancia de las sinergias que generan las redes. Es, por tanto, una organización que sabe leer la sociedad y deja participar a todos los actores que, independientemente de su naturaleza, pueden aportar valor.

Una Administración Pública que aporta valor real a la política de futuro es aquella capaz de generar sinergias positivas con otros actores, y que persigue exclusivamente el valor público para el ciudadano. Asimismo, la creación de una red de diferentes actores públicos y privados, en busca de una finalidad común hacia el servicio público, genera una dinámica propia de sociedades democráticas maduras y consolidadas.

La Administración tiene que ser capaz de saber mover y dinamizar todas estas redes, manteniendo y desarrollando por ella misma las competencias y funciones que integren realmente el "corazón" de su razón de ser. Hablamos de una organización competitiva, tan completa como sea necesario, pero siempre en las actividades que aporten valor añadido de forma continuada. Las grandes maquinarias burocráticas, así como el crecimiento desmesurado del sector público como consecuencia de la aplicación de un modelo puramente ideológico, forman parte de los armarios con olor a naftalina. Vivimos en una sociedad que pone el acento en el conocimiento y la potencialidad que implica compartirlo.

Objetivos, resultados y eficiencia se tienen que complementar con una buena gestión de las redes. Toda esta dinámica de relaciones con organizaciones privadas es lo que identificamos como partenariados público-privados.

Unos partenariados integrados por la Administración y otras organizaciones, como son las empresas del sector privado que llevan a cabo servicios públicos subcontratados mediante diferentes fórmulas jurídicas.

Tenemos ya dos actores sometidos a los cambios y a las nuevas responsabilidades, la política (organizaciones públicas) y las empresas (organizaciones privadas). Centrémonos ahora en sus relaciones y la generación de valor a partir de la potenciación de las dinámicas de redes a las que hemos hecho referencia.

Nuevas pautas de comportamiento por parte de estos dos actores irán cogiendo forma, así como también lo harán nuevas maneras de interrelacionarse y repartir funciones en beneficio común y de la sociedad. La línea tan clara que separaba al sector público del privado se va difuminando, y va generando una interrelación tan necesaria como a menudo compleja.

De la calidad de las relaciones entre estos dos actores depende muchísimo la capacidad de desarrollo territorial. No tiene las mismas posibilidades de crecimiento y desarrollo económico y social una sociedad con una buena interrelación entre el sector público y el privado, que otra que no sabe o no quiere afrontar es-

tas dinámicas. De la actitud y del trabajo de la política y sus organizaciones públicas depende la potencialidad del desarrollo de todo su entorno.

Debe evitarse, sin embargo, la creación de partenariados desde la debilidad del sector público y de la política. Esto sería un error generador de inseguridad futura. El partenariado no puede ser únicamente la externalización que se decide "porque yo soy un desastre". Los buenos partenariados público-privados son solamente garantes de todas sus virtudes siempre que la Administración sea una organización fuerte y preparada para negociar de tú a tú con el *partner* privado y sea una digna responsable de los intereses que representa, es decir, de la ciudadanía.

Aquellos que externalizan por falta de autoestima lo harán desde una posición de debilidad, y por tanto tampoco serán capaces de hacer el seguimiento y control que requiere la externalización de un servicio público. La empresa contratada se aprovechará, a la larga, de esta relación de competencia desigual, y en definitiva se estará produciendo una situación grave: la ineficiencia pública en manos privadas.

Partenariados público-privados mal entendidos pueden llevar a la generación de estructuras parapúblicas tanto o más ineficientes que la propia Administración clásica, con el agravante del descontrol y la pérdida de poder directo. Por ello hemos puesto énfasis en la profesionalización y la necesidad de la aproximación de la política a la gestión. Son necesarios directivos para las organizaciones públicas igual o más preparados que los directivos del sector privado.

Hemos hablado de la imprescindible reforma de la política, de las organizaciones públicas, también de las empresas privadas en este cambio de paradigma en el que estamos inmersos, y ahora queremos hacer referencia al desarrollo también esencial de las relaciones entre todos estos actores.

Todo ello se tiene que ir construyendo en paralelo, pero debe recordarse que unas condiciones sustentan a las otras. En primer lugar, son necesarios los fundamentos de la red, las organizaciones públicas ejecutivas, si estas faltan todo se tambaleará. La segunda condición es la existencia de un tejido empresarial consciente de su responsabilidad hacia todo aquello que afecta a la sociedad. En tercer lugar, se debe desarrollar una red de acuerdos e interrelaciones entre el sector público y el privado que presente las máximas garantías de control, transparencia y competitividad al servicio de los ciudadanos.

Somos grandes defensores de las externalizaciones, y ha quedado claro que apostamos por un sector público delgado y flexible, capaz de garantizar todas las funciones que corresponden a la creación de valor para la sociedad que representa, pero somos también conscientes de que preferimos una Administración más ampliada que una mala externalización o un partenariado ineficiente.

Partenariado público-privado no ha de ser sinónimo de “complicidad mal entendida”. Esta, si existe, solamente será fuente de intercambio de favores y, por qué no, también de poder y control sobre aquello que es un bien colectivo. Partenariado público-privado tiene que ser sinónimo de relación competitiva. Se trata de una Administración que externaliza y subcontrata servicios a los agentes más competitivos, a los que aportan mayor valor para el ciudadano, y que se caracteriza por un seguimiento y control exhaustivos. Cuando tenga lugar cualquier incumplimiento, que afecte a la sostenibilidad o a la calidad de los servicios prestados, es imprescindible dotar a las Administraciones Públicas de la capacidad de actuación necesaria para poder reconducir la situación.

La representatividad política que ejercen hoy en día los cargos electos debe llevar implícito también el concepto de representatividad gestora, ya que es indispensable en un mundo complejo como el actual. Como ciudadanos, queremos una Administración que nos represente de la mejor manera posible en todas las negociaciones, acuerdos y convenios que interrelacionen al sector público con el privado en materia de competencias propias de lo que es colectivo.

Las empresas tienen que ver a la Administración como un buen *partner*, e identificarla como una organización tan preparada y competitiva como la suya. Si esto es así, se facilitará un clima de confianza mutua, que garantizará la mejor ejecución posible de la política pública que corresponda, y el cumplimiento de lo estipulado en el marco del partenariado.

Los partenariados público-privados tienen que significar también, por parte de la empresa privada, una creciente preocupación y orientación hacia la función social que implica su actividad contratada. Esta orientación no debe afectar a su competitividad. Si, por el contrario, se ve disminuida su competitividad, y a este

fenómeno se le suma una legislación hipergarantista a favor del contratado, la empresa privada se convierte en una paradministración, es decir, en una empresa anestesiada por un contrato público, y ello es terriblemente contrario a los objetivos de eficacia y eficiencia.

Una de las funciones de la Administración Pública debería ser la de garantizar un marco de competitividad constante entre las empresas proveedoras y concesionarias. La herramienta operativa para alcanzar esta finalidad es un buen desarrollo de los partenariados público-privados, y la promoción de su máxima transparencia.

Calidad democrática

Si nos preguntamos qué es lo más relevante de este modelo, cuál es su característica más destacable, es sin ninguna duda su transmisibilidad¹¹ por su impacto sistémico en la forma de entender la política, que abarca desde las funciones del partido político hasta la última de las personas que trabajan en las organizaciones públicas. Hablamos de transmisibilidad porque lo que se ha desarrollado en Sant Cugat puede ser perfectamente reproducible, evidentemente con los ajustes que correspondan, a cualquier nivel de gobierno y a cualquier país preocupado e interesado por la calidad democrática.

Si analizamos el modelo veremos los múltiples impactos que genera:

- Una nueva cultura política que prioriza las capacidades de los responsables electos (FORMACIÓN).
- Dota de contenido y funciones renovadas a los partidos políticos (REPRESENTATIVIDAD).
- Aporta transparencia de cara a la ciudadanía (ÉTICA).
- Fomenta el compromiso necesario para ejecutar las políticas propuestas (RESPONSABILIDAD).
- Vincula el programa electoral con la acción de gobierno posterior (CONFIANZA).
- Mejora la democracia (PROGRESO Y LIBERTAD).

Es evidente que el reto es de tal dimensión que desborda, y de largo, a una Administración local de una ciudad de 80.000 habitantes y 150 millones de presupuesto. Somos conscientes, por tanto, de la fortaleza

11. De acuerdo con Mr. Tore MALTERUD, *Head of the Unit “European Public Management”*, del Instituto Europeo de Administración Pública, Maastricht.

del proyecto, y a la vez de su gran debilidad: se trata de una propuesta que va absolutamente en dirección opuesta a la cultura política y al sistema actuales. Olvidémonos ahora de la debilidad; si fuéramos gente que, ante el análisis de riesgos, hiciéramos prevalecer la seguridad en nuestras decisiones, en estos momentos no estaríamos hablando de un modelo como este, no estaríamos escribiendo estas líneas ni explicando nuestra experiencia como ciudadanos. Se trata de una experiencia que, ejerciendo una responsabilidad pública, deseamos compartir con todo aquel a quien pueda interesar por su posible valor colectivo.

Todos nosotros tenemos unas percepciones y un conocimiento de la política y del funcionamiento real de la Administración Pública que vienen desde fuera, y condicionados por todos los filtros que existen entre la acción interna y lo que nos llega como ciudadanos. Ahora bien, nosotros hemos tratado de hacer un ejercicio de responsabilidad y confianza. Hemos sido representantes de la ciudadanía, y por tanto nos sentimos también obligados no solamente a transmitir nuestro programa de gobierno y de propuestas, sino más bien a explicar lo que creemos que no funciona, y, sobre todo, a no quedarnos instalados en la queja, sino intentar construir propuestas alternativas en positivo. Esto es exactamente lo que hemos intentado hacer.

Llegados a este punto, podemos poner de manifiesto muchas carencias, y a la vez explicar, con resultados tangibles, qué es lo que hemos hecho para construir una alternativa a estas carencias. Esta alternativa está sujeta a crítica y es absolutamente mejorable, por descontado, pero es nuestra forma de transmitir lo que hemos hecho y aprendido, desde el día a día de un trabajo hecho con la máxima ilusión y motivación y que, en definitiva, hemos intentado llevar a cabo con la máxima rigurosidad y compromiso.

Nuestra propuesta es una herramienta al servicio de todos aquellos que crean con convencimiento en todos los valores explicados a lo largo del libro, y se pone al servicio de la mejora de nuestra calidad democrática.

Ya contamos con el hecho de que las corrientes más anacrónicas y los que se consideran antisistema nos pondrán etiquetas como por ejemplo la de tecnócratas, o la de neoliberales, entre otras que requieren altos niveles de imaginación. Nosotros tenemos claro que esta manera de hacer política no tiene lugar den-

tro del eje clásico derecha-izquierda, es una política que a partir de una ideología y un proyecto determinados se constituye como pragmática en términos de valor público, de búsqueda de la excelencia y cumplimiento de objetivos para hacer efectivo el compromiso con la ciudadanía y para su beneficio.

Si se debe tomar una decisión considerada de izquierdas de toda la vida y es útil para el propósito que se persigue, adelante, si es considerada de centro o de derechas, también, el debate ya no radica en la ubicación derecha-izquierda. ¿Cuál es la ideología? Es la que se considere más adecuada en el momento que corresponda y ante la coyuntura de la que forme parte, y siempre con un objetivo: la búsqueda constante del máximo valor para los ciudadanos y la sociedad representada.

Dos elementos son fundamentales: el proyecto y la ejecutividad. Históricamente se ha hablado siempre del proyecto político, pero hoy en día ya no es suficiente con tener uno, es necesario aportar algo más adicional e imprescindible para obtener legitimidad y credibilidad: se debe añadir la EJECUTIVIDAD. Un proyecto político sin capacidad ejecutiva es papel mojado que únicamente alimenta la separación entre la ciudadanía y sus representantes. Si aceptamos estos fundamentos, ¡qué gran noticia, ya tenemos el contenido para la función principal de los partidos políticos del siglo XXI! Hablemos de ello.

La evolución de los partidos políticos en el mundo occidental ha sido corta si la analizamos en términos relativos e históricos. Los partidos políticos son organizaciones contemporáneas, sus orígenes los encontramos entre los precedentes de la Edad Moderna, concretamente en la revolución inglesa del siglo XVII. Su evolución, conjuntamente con el parlamentarismo, nos ha llevado a diversas etapas de su existencia, como la correspondiente a los partidos de notables, la de los militantes y la de los actuales partidos de votantes.¹²

Los partidos políticos actuales, los de los votantes, conservan estructuras de los partidos de militantes con sus propias dinámicas jerárquicas y de interés grupal. En consecuencia, existe una fisura entre estas estructuras de antaño y la nueva función de los partidos que es la captación del voto por encima de la movilización de la militancia. En conclusión, los partidos políticos no han sabido reorientar sus estructuras hacia la moder-

12. De acuerdo con LÓPEZ GUERRA, siguiendo la obra de Max WEBER.

nidad y la sociedad del conocimiento y la información actuales, que requieren posicionamientos claros, definición, proyecto y ejecutividad.

Con esta corta historia y tantos cambios dentro de las sociedades representadas, deben plantearse nuevos modelos de partido de cara al futuro. La duda que sobrevuela el funcionamiento y el rol de los partidos políticos a día de hoy es compartida de forma bastante generalizada. Estas organizaciones no acostumbran a identificar muchos valores que deberían serles propios, la gente se mantiene alejada, a menudo se perciben como puntos de encuentro de un colectivo determinado que trabaja para la obtención de intereses propios con una gran capacidad para vestirlos con los colores de la representatividad y la democracia. Esto expresado así es injusto, pero la percepción ciudadana va demasiado en esta dirección.

En todo caso, la realidad es cruda y tozuda, el partido político seguirá aumentando su decadencia, y no podrá recuperar su credibilidad hasta ser capaz de renovarse y dotarse de nuevas funciones que realmente sean útiles para el sistema y la ciudadanía. Resaltaremos la principal: proporcionar al sistema político la gente más capacitada y preparada para ejercer con las máximas garantías de éxito posibles su proyecto y programa electoral.

Discúlpennos el simplismo y la crudeza, pero entenderán que no se pueden fabricar como churros los ministros, consejeros, secretarios de estado, secretarios generales y directores generales de un país que se considere moderno y representativo de una ciudadanía que tiene derecho a exigir algo más a la política. ¿Cómo queréis que la gente buena y con futuro juegue en estas condiciones? ¿Cómo queremos que se aproximen a la política si a menudo se habla más de política real fuera del ámbito de los partidos políticos que en su propio interior, porque estos partidos están demasiado entretenidos en el tacticismo y la confrontación? Los partidos políticos tienen que ser capaces de dotarse de esta doble función: por un lado, convertirse en catalizadores de todos aquellos que comparten ideales y proyectos y, por el otro, atraer talento y valor al servicio de los mismos.

Es de sentido común exigir a los partidos políticos, que es a quienes corresponde, la función de velar por la defini-

ción de un PROYECTO y la tarea de garantizar su EJECUTIVIDAD. Para construir el primero, harán falta liderazgo, carisma, ideas, análisis y capacidad de evaluación; para posibilitar la segunda, serán necesarias capacidad ejecutiva y proximidad con la gestión de las organizaciones públicas, las personas y los recursos económicos del país.

La competitividad entre partidos políticos se debería plantear en términos de proyectos y de las mejores personas posibles puestas en una lista electoral motivada, explicando el porqué y su vinculación futura con políticas concretas. Es imposible pensar que un político puede estar en un lugar cualquiera sin tener ninguna idea, en términos de capacidades, de las políticas públicas que caerán bajo su responsabilidad.

Un equipo y un proyecto real y creíble, una propuesta seria de gobierno, se tienen que construir desde el partido, en caso contrario pasa lo que pasa, y es que este solamente realiza la función de distribuidor de cargos, sobre la base de cuotas de poder y dinámicas internas de partido, totalmente ajenas al interés público y a las necesidades del país.

¿De verdad que todo esto es imposible de alcanzar? Seguro que lo estáis pensando, pero también deberíais pensar que, si tenéis razón, tenemos todos un serio problema de cara al futuro.

Una red de actores para una política de futuro

Cuatro son las crisis que afectan a la sociedad actual:¹³

- una crisis económica;
 - una crisis ecológica y medioambiental;
 - una crisis de ética y de valores;
- y la peor de todas:

– una crisis de legitimidad y capacidad política para restablecer la confianza de los ciudadanos en sus instituciones. Es la peor de todas porque implica la pérdida del instrumento de gestión, y sin él, no se puede llevar a cabo nada desde la política.¹⁴

Política y empresa se convierten en dos factores clave para afrontar todo este abanico de crisis. La capacidad de construcción de un capitalismo sostenible, de una actividad respetuosa y protectora del medio ambiente y de unos valores éticos que han de marcar

13. Manuel CASTELLS, *La Vanguardia Magazine*, enero de 2010.

14. Ídem.

nuevos comportamientos, es algo que depende fundamentalmente del rol que asuman estas dos instituciones dentro de la sociedad.

La política de futuro es la que se construye contando con todos los actores que forman parte del funcionamiento de una sociedad. Estos actores se interrelacionan entre sí a través de unas estructuras determinadas que articulan un marco sistémico basado en valores.

Intentaremos explicarnos mejor:

ACTORES:

- La política.
- Las empresas + tercer sector.
- Los ciudadanos.

Estos actores han de relacionarse para posibilitar la gobernanza general, en unos escenarios concretos y determinados situados dentro de lo que podríamos denominar la estructura:

ESTRUCTURA:

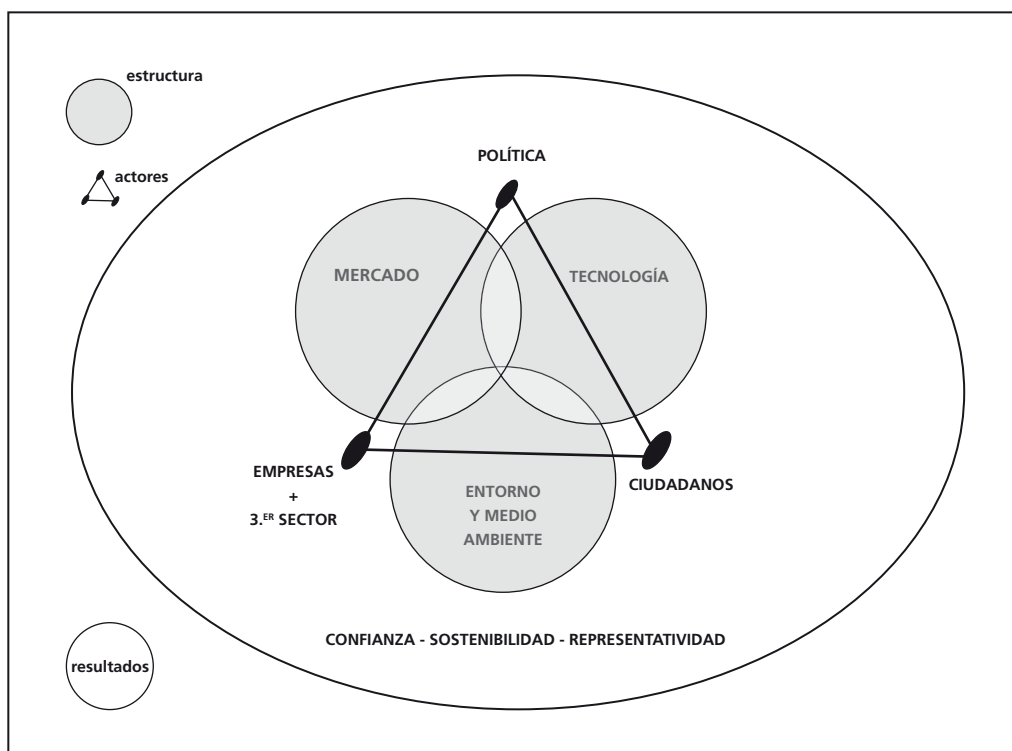
- Tecnología-Internet.
- Mercado.
- Entorno y medio ambiente.

El desarrollo positivo de todas estas relaciones (las que se producen entre los actores dentro de la estructura) depende de la solución a la crisis de valores. Son necesarios unos valores sólidos que posibiliten recobrar la confianza en las instituciones, la sostenibilidad del sistema y la representatividad de los ciudadanos.

Valores para garantizar RESULTADOS del sistema en su conjunto:

- Confianza.
- Sostenibilidad.
- Representatividad.

Gráficamente, todo lo que hemos expuesto hasta ahora se podría dibujar de la siguiente manera:



A continuación haremos alguna consideración sobre el sistema y los actores que hemos planteado dentro de una política en red.

Sobre el rol de la empresa

Es de actualidad el debate sobre los nuevos paradigmas en el mundo de la empresa. Estamos inmersos en

un océano de reformas y nuevos enfoques como consecuencia de una crisis económica sin precedentes.

La empresa ha sido víctima de unas dinámicas impropias en el marco de una economía frenética, donde únicamente se valoraba el corto plazo sin tener en cuenta el impacto que se producía en el ámbito social y sistémico. Este aprendizaje pone de manifiesto que la empresa es una institución clave dentro de los modelos de futuro, de sus acciones y desarrollo dependen mu-

chos resortes de nuestra sociedad y, por tanto, tiene que asumir directamente su cuota de responsabilidad. Esta última tiene que ser pactada y compartida con el sector público y la política, que, por descontado, deben también reformarse.

Culpabilizar al capitalismo de los males del mundo actual es simplista e intencionadamente ideológico, el proceso de globalización abre las puertas de la dignidad a la gran mayoría de la población mundial olvidada y arrinconada por todos nosotros. Eliminar el hambre y la pobreza en el mundo, disponer de escenarios de justicia y equidad, pasa imperativamente por saber dibujar escenarios de desarrollo económico que alcancen a todo el mundo con los reequilibrios necesarios que ello implica.

A los culpables de la hecatombe, los tenemos que encontrar entre los activistas de un modelo de capitalismo concreto, distorsionado por la falta de valores, que ha llevado al límite la especulación y el interés individual por encima de la sostenibilidad general.

La buena gobernanza corporativa y la ética en el sector privado se tienen que convertir en las herramientas principales que creen unos buenos fundamentos para los nuevos modelos de crecimiento económico. Los Estados y la política ya no son los grandes padres protectores, todo esto se ha escapado de su alcance, las empresas se han convertido en piezas fundamentales para nuestro futuro colectivo.

Tanto el modelo capitalista como el político tienen que evolucionar hacia nuevos escenarios de valor para la sociedad. De la estabilidad económica depende la estabilidad social, los riesgos son evidentes y la historia ya se ha encargado de dejar claro el grado de certeza de esta correlación.

Es imprescindible buscar un equilibrio entre el beneficio económico y la sostenibilidad sistémica. Política y empresa son las principales responsables de ello, pero también la propia ciudadanía en su rol de agente directo en el mercado de consumo.

Sobre los ciudadanos, patrones de consumo y el mercado

La responsabilidad social de la actividad empresarial y económica debe pasar a formar parte del ADN de la estrategia corporativa de la empresa. Esta y la sociedad forman una unidad; sociedad es mercado, entenderlo y cuidarlo, y velar por su sostenibilidad, es sencillamente tener la capacidad de avanzar hacia el futuro.

De la misma manera que la sociedad de la información y el conocimiento fuerza a las instituciones políticas a cambiar, también es la misma sociedad la que marca ahora la pauta de los patrones de consumo. La sociedad debe castigar a los que sean percibidos como contrarios al sostenimiento de un mundo con tantas potencialidades como fragilidades.

Es también imprescindible un consumo cada día más responsable, que sea consciente de que de su forma de actuar también depende nuestro mundo futuro.

Nuevos valores tienen que impregnar el comportamiento de los tres principales actores que integran el mercado, la tecnología y las estructuras político-representativas.

Sobre el entorno y el medio ambiente

El medio ambiente y la naturaleza son nuestro contexto. A todos nosotros nos corresponde su preservación, ya no únicamente por una razón ética, sino por simple supervivencia, humanidad y, por qué no, sentido común.

Muchos podríamos pensar que precisamente una crisis como la actual relegaría a un segundo plano la apuesta por la sostenibilidad y todos los temas relacionados con el impacto del cambio climático. Se resumiría en "ahora tenemos otros problemas".

Pero todo podría ser completamente al contrario: gracias precisamente a la crisis que estamos viviendo, es posible construir nuevos modelos relacionados con nuevos valores que incluyan el respeto, la preocupación y el cuidado de nuestro mundo. Es una gran oportunidad para pasar de un modelo de crecimiento económico basado en los combustibles fósiles, a un crecimiento basado en un modelo energético de baja emisión de carbono.

La defensa y el respeto por nuestro mundo, que nos da vida y del que formamos parte, se tienen que convertir en elemento principal de la demanda. A los mercados ya no se les dirige, no se les da forma desde la voluntad de las empresas. Todo lo contrario, tiene que ser el propio mercado el que determine cómo tienen que ser y qué finalidades tienen que cumplir los productos y servicios que las empresas ofrecen.

El futuro nos llevará a una sociedad que pedirá cada día más empresas comprometidas con el medio ambiente y la sostenibilidad futura.

Solamente las organizaciones que saben comprender las tendencias, peticiones y necesidades de la sociedad y las personas, saben definir una estrategia de éxito y de futuro. Apostar a día de hoy por nuestro mundo desde la acción empresarial es hacerlo por el mercado correcto, aquel donde existe la auténtica demanda futura. La empresa es plenamente consciente de que se debe acertar con los valores añadidos, de que debe diferenciarse de las otras y buscar aquellos espacios que nadie ha ocupado o que nadie ha sabido ocupar hasta ese momento, es aquí precisamente donde no se compite únicamente mediante el precio.

Apostar hoy en día por un modelo económico basado en la sostenibilidad de nuestro mundo en todos los sentidos, es sencillamente saber interpretar la tendencia del mercado. Este es suficientemente inteligente, y su acción correctora es tan efectiva, que nos permite avanzar hacia la posibilidad de rectificar lo que conlleva la insostenibilidad del modelo económico.

Mercados, empresa, patrones de consumo..., todo ello es clave, pero, en la base, hace falta añadir la sensibilidad humana, y no olvidar cuán extraordinario es nuestro mundo, nuestro frenético día a día no nos deja recordar de dónde venimos ni quiénes somos, deberían dedicarse a diario unos segundos a ver la imagen de nuestro planeta azul, lleno de vida, espléndido. Parece que los humanos tengamos una capacidad especial para únicamente saber ver aquello que va mal y se presenta en forma de desastre, y estamos completamente ciegos para apreciar lo que tiene de bueno nuestro entorno.

A partir del reconocimiento y la identificación de las cosas positivas que nos rodean, ganaremos en capacidad de lucha y resolución de todo aquello que no funciona. Saber apreciar lo bueno y extraordinario de todo lo que nos rodea, es algo que debería ser simplemente el gran reto de nuestro día a día tanto a nivel personal como colectivo.

Sobre la política, la tecnología y la representatividad

Dos reformas clave dentro de nuestro entorno actual son, por un lado, una política que genere confianza y recupere el prestigio de las instituciones conjuntamente con la ciudadanía y, por el otro, empresas que fomenten otro tipo de capitalismo forjado en los valores propios de la ética. De la renovación de sus valores y de su

rol dentro de la sociedad, dependen la buena guía y el desarrollo de un mundo sometido a imparable ritmos de la tecnología y la comunicación. Internet y todas sus potencialidades solamente se convertirán en herramientas que aportarán beneficio social, en la medida en que exista una estructura y una organización socioeconómicas que recuperen los valores.

Las nuevas tecnologías se han relacionado muy a menudo con la democracia y la participación ciudadana, también se han malinterpretado por buena parte de los políticos, más expertos en conducir las percepciones que en gestionar sus competencias. El buen uso de las redes de información es fundamental, y no se puede confundir Internet ni con un simple canal para jugar con la información interesada ni como una excusa que permita alegar que los problemas son debidos a la falta de participación. Los Gobiernos no han de gestionar nunca a través de Internet, esta es una demagogia que se debe rechazar con contundencia. La fuerza y confianza de una institución radican en su capacidad de actuar como organización representativa de la colectividad, utilizando las redes de información de forma éticamente responsable como canal que facilita toda la información referente a su actuación y para recibir toda la opinión colectiva en la materia que corresponda.

La potenciación de la representatividad, a través de las redes, debe sustituir a la demagogia participativa, que únicamente sirve como paraguas protector de una incompetencia manifiesta de quienes deben asumir la representatividad que conlleva la ejecutividad de sus responsabilidades.

Nuestra sociedad y nuestro mundo han recorrido un largo camino, hemos llegado hasta el punto de estar suficientemente preparados para afrontar estos retos. Únicamente hacen falta valores contra el temor, la inseguridad y las variables indeterminadas: más que nunca, ética y valores. ■

Informe sobre el valor probatorio y su validez como comprobante original de los recibos bancarios acreditativos de pago

Mercedes Molina Martínez
Letrada del Ayuntamiento de Madrid

Por el secretario general técnico del Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales, se solicita informe facultativo a la Asesoría Jurídica sobre el valor probatorio y su validez como comprobante original de los recibos bancarios acreditativos de pago.

Examinada la citada petición, así como la normativa de general y pertinente aplicación, procede emitir el siguiente informe.

1. Antecedentes

La Dirección General de Inmigración y Cooperación al Desarrollo pone de manifiesto que, en el marco del procedimiento de justificación de subvenciones, la Intervención Delegada del Área de Gobierno de Familia, apoyándose en lo dispuesto en el artículo 72.2.b) del Reglamento general de subvenciones, aprobado por Real decreto 887/2006, de 21 de julio, y concordantes de las Bases de ejecución del presupuesto municipal, rechaza el valor probatorio de los recibos expedidos por las entidades financieras vinculados al pago de determinados gastos, como las cuotas de las comunidades de propietarios o las primas de la compañías de seguros.

Señala que, en ambos casos, es práctica habitual en el tráfico comercial que el pago de estos servicios se realice mediante domiciliación bancaria, y que el recibo bancario tenga valor liberador para el deudor.

Según esta Dirección General, la Intervención Delegada viene exigiendo la aportación de facturas en supuestos en que el gasto justificado se refiere a la cantidad pagada por los comuneros a las comunidades de propietarios, por servicios comunes prestados por el funcionamiento de las mismas. No comparte esta postura, señalando que las comunidades de propietarios no están obligadas a emitir factura.

La Secretaría General Técnica en nota interna de 22 de noviembre de 2010 se ha manifestado en términos análogos, señalando que las comunidades de propietarios, con carácter general, no están obligadas a expedir factura por las cuotas que repercuten en los comuneros, ya que el reparto de los gastos comunes no constituye el ejercicio de ninguna actividad empresarial o profesional.

2. Objeto de la consulta

La consulta que se solicita se concreta en las siguientes cuestiones:

1.^a Valor probatorio de los recibos bancarios en el tráfico jurídico mercantil.

2.^a En el caso de que dichos recibos gocen de valor probatorio, si los mismos tienen el carácter de documento original a efectos de la comprobación de la concurrencia con otras subvenciones mediante el estampillado.

3. Consideraciones jurídicas

Primera.– Régimen de justificación de las subvenciones

La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, dispone en su artículo 30.1 que: “La justificación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos previstos en el acto de concesión de la subvención se documentará de la manera que se determine reglamentariamente, pudiendo revestir la forma de cuenta justificativa del gasto realizado o acreditarse dicho gasto por módulos o mediante la presentación de estados contables, según se disponga en la normativa reguladora.”

Por su parte, los apartados 2 y 3 relativos a la cuenta justificativa como modalidad de justificación, supuesto objeto de consulta en los términos establecidos en la documentación aportada al expediente, establecen que: "2. La rendición de la cuenta justificativa constituye un acto obligatorio del beneficiario o de la entidad colaboradora, en la que se deben incluir, bajo responsabilidad del declarante, los justificantes de gasto o cualquier otro documento con validez jurídica que permitan acreditar el cumplimiento del objeto de la subvención pública. La forma de la cuenta justificativa y el plazo de rendición de la misma vendrán determinados por las correspondientes bases reguladoras de las subvenciones públicas.

"A falta de previsión de las bases reguladoras, la cuenta deberá incluir declaración de las actividades realizadas que han sido financiadas con la subvención y su coste, con el desglose de cada uno de los gastos incurridos, y su presentación se realizará, como máximo, en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo para la realización de la actividad.

"3. Los gastos se acreditarán mediante facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa, en los términos establecidos reglamentariamente.

"La acreditación de los gastos también podrá efectuarse mediante facturas electrónicas, siempre que cumplan los requisitos exigidos para su aceptación en el ámbito tributario.

"Reglamentariamente, se establecerá un sistema de validación y estampillado de justificantes de gasto que permita el control de la concurrencia de subvenciones."

Por su parte, el Real decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, regula en los artículos 69 y siguientes el régimen de justificación de las subvenciones.

En efecto, el artículo 69 establece las modalidades de justificación de la subvención, cuales son la cuenta justificativa, adoptando una de las formas previstas en la Sección 2.^a de este Capítulo, la acreditación por módulos o la acreditación por presentación de estados contables.

En cualquier caso y con carácter previo debemos poner de manifiesto que, conforme a lo establecido en el artículo 71.1 de este Reglamento, la justificación

de la subvención tendrá la estructura y el alcance que se determinen en las correspondientes bases reguladoras.

En cuanto a la primera modalidad, la cuenta justificativa, que como ya se ha puesto de manifiesto es el supuesto cuestionado, el artículo 72 determina que la misma contendrá, con carácter general, la siguiente documentación:

"1. Una memoria de actuación justificativa del cumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión de la subvención, con indicación de las actividades realizadas y de los resultados obtenidos.

"2. Una memoria económica justificativa del coste de las actividades realizadas, que contendrá:

"a) Una relación clasificada de los gastos e inversiones de la actividad, con identificación del acreedor y del documento, su importe, fecha de emisión y, en su caso, fecha de pago. En caso de que la subvención se otorgue con arreglo a un presupuesto, se indicarán las desviaciones acaecidas.

"b) Las facturas o documentos de valor probatorio equivalente en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa incorporados en la relación a que se hace referencia en el párrafo anterior y, en su caso, la documentación acreditativa del pago.

"c) Certificado de tasador independiente debidamente acreditado e inscrito en el correspondiente registro oficial, en el caso de adquisición de bienes inmuebles.

"d) Indicación, en su caso, de los criterios de reparto de los costes generales y/o indirectos incorporados en la relación a que se hace referencia en el apartado a), excepto en aquellos casos en que las bases reguladoras de la subvención hayan previsto su compensación mediante un tanto alzado sin necesidad de justificación.

"e) Una relación detallada de otros ingresos o subvenciones que hayan financiado la actividad subvencionada con indicación del importe y su procedencia.

"f) Los tres presupuestos que, en aplicación del artículo 31.3 de la Ley general de subvenciones, deba de haber solicitado el beneficiario.

"g) En su caso, la carta de pago de reintegro en el supuesto de remanentes no aplicados así como de los intereses derivados de los mismos.

"3. No obstante lo anterior, cuando por razón del objeto o de la naturaleza de la subvención, no fue-

ra preciso presentar la documentación prevista en el apartado anterior, las bases reguladoras determinarán el contenido de la cuenta justificativa.”

Por su parte, y en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid, es preciso traer a colación el artículo 40 de las Bases de ejecución del presupuesto municipal, el cual recoge de forma análoga a la LGS y al Reglamento los extremos señalados.

De todas las referencias jurídicas realizadas se desprende que en primer lugar habrá que atenerse a lo que las Bases reguladoras de cada subvención establezcan.

Para los supuestos en que estas no dispongan nada o se remitan a lo legalmente establecido, destacar que el Reglamento alude a facturas o demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa, de lo que se deriva, dado el carácter alternativo de la redacción del texto al hablar de “facturas o demás documentos”, que la factura puede ser sustituida por otros documentos de la naturaleza señalada, máxime teniendo en cuenta que la obligación de emitir factura no alcanza a todo tipo de sujetos.

Esta misma afirmación es igualmente aplicable a la LGT, que, si bien alude a las facturas y demás documentos de valor probatorio, evidentemente considera que la factura únicamente es exigible en aquellos supuestos legalmente establecidos.

Consecuencia de lo anterior y por aplicación de estos preceptos, parece desprenderse que se requerirá factura en aquellos supuestos en que legalmente se establezca dicha obligación, y será suficiente con cualquier otro documento de valor probatorio equivalente en los demás casos, si bien en este último supuesto la normativa no especifica ni establece un *numerus clausus* de dichos documentos, sino que únicamente alude a documentos de valor probatorio equivalente, con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa en términos generales; lo que da cabida a distintos supuestos dentro de los que se enmarca, a mi juicio, el recibo bancario, en los términos que a continuación se expondrán.

En este sentido es preciso traer a colación lo dispuesto en el artículo 35.f) de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, donde se regulan los derechos que los ciudadanos tienen en su relación con las Administraciones Públicas, destacando

que tienen derecho a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate.

Para delimitar en la medida de lo posible la aportación de esta documentación a efectos de justificación de las subvenciones, sin perjuicio de que habrá que estar a cada caso concreto, se ha de delimitar la obligación de emitir factura, supuesto controvertido en la materia que nos ocupa. En este sentido, el Real decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece en su artículo 2.1 que los empresarios o profesionales están obligados a expedir factura y copia de esta por las entregas de bienes y prestaciones de servicios que realicen en el desarrollo de su actividad.

No obstante lo anterior, el artículo 3 establece las excepciones a la obligación de expedir factura, debiendo estar a cada caso concreto que se plantee, teniendo en cuenta que dicha obligación se atribuye a los empresarios o profesionales en los servicios que realicen en el desarrollo de su actividad, y no ante cualquier manifestación que los mismos hagan, siendo estos parámetros legales establecidos por el Real decreto 1496/2003 los que delimiten los supuestos de expedición de facturas.

En cualquier caso es preciso poner de manifiesto que la terminología aquí utilizada se realiza a los efectos tributarios, sin perjuicio del carácter esencial que puede tener este tipo de documento, que no deja de ser, en ningún caso, un documento privado *inter partes* al que se le otorga valor probatorio, intentando, de algún modo, definir lo que en los distintos órdenes del Derecho se entiende por tales documentos.

Así, en el ámbito administrativo, la referencia que a los documentos tanto públicos como privados se realiza se establece en el marco de la actividad de las Administraciones Públicas y de los derechos que ostentan los ciudadanos en la relación con aquellas, sin determinar qué documentos revisten eficacia administrativa, entendiéndose, *a sensu contrario*, que cualquier documento que se utiliza en el marco de una actuación o procedimiento administrativo reviste tal carácter, limitándose a establecer que se consideran documento público administrativo los documentos válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas, sin definir los que tienen carácter privado, haciendo especial hincapié la legislación ad-

ministrativa en la validez y eficacia de los documentos y copias, con especial énfasis en estas últimas, desarrollado en el artículo 46 de la Ley 30/1992 y otros concordantes del mismo cuerpo legal, así como en el Real decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de Registro.

Por lo que al ámbito mercantil se refiere, aludir a lo dispuesto en el Código de Comercio, que si bien, como hemos puesto de manifiesto, tanto la LGS como el Reglamento aluden a documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil, la referencia al ámbito mercantil no siempre es adecuada, de ahí que el legislador haya aludido igualmente a la eficacia administrativa de los documentos, pues, como pone de manifiesto el propio Código de Comercio, el mismo se aplica a los comerciantes, entendiendo por tales, según su artículo 1, los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente, y las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.

No obstante lo anterior, el propio Código de Comercio amplía el ámbito de aplicación del mismo, estableciendo en su artículo 2 que los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.

En este sentido señalar que la jurisprudencia ha ido limitando el concepto de documento mercantil, en el sentido de no entender como mercantil cualquier documento que se emplee en el tráfico comercial, sino solo aquellos que incorporan una especial fuerza probatoria. Las sentencias de 8 de noviembre de 1990 y 5 de octubre de 1988 establecían una enumeración enunciativa de los documentos mercantiles. En primer lugar se referían a los que, dotados de *nomen iuris*, se encuentran regulados en el Código de Comercio o en las leyes mercantiles especiales. En segundo término todas las representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito y en papel, que, con fines de preconstitución probatoria, plasmen o acrediten la celebración de contratos, o la asunción de obligaciones

de naturaleza mercantil o comercial, aunque carezcan de denominación conocida en Derecho. Y finalmente, aquellos que se refieren y son requeridos por la fase de ejecución o de consumación de contratos u operaciones mercantiles (sentencias de 16 de septiembre, 16 de mayo y 13 de marzo de 1991), donde se encuadra el concepto de factura. La factura es mercantil porque la misma comprueba un acto inherente al tráfico mercantil, formalizando o demostrando cualquier derecho de tal naturaleza (Sentencia de 16 de junio de 1992). La factura es mercantil porque la misma proyecta operaciones que se producen en el ámbito propio de una empresa mercantil, cualquiera que esta sea, extensivo a las incidencias derivadas de tales actividades (Sentencia de 8 de mayo de 1992).

Consecuencia de estas afirmaciones jurisprudenciales es que la factura se enmarca, en todo caso, en el ámbito mercantil, pero se pone de manifiesto, *a sensu contrario*, que si no se dan los condicionantes relativos a que dé prueba de un acto inherente al tráfico mercantil o se produzca en el ámbito de una empresa mercantil, no siempre podremos hablar de documento mercantil. A título meramente ejemplificativo, señalar que el Código de Comercio regula distintas figuras cambiarias como son la letra de cambio, el cheque y el pagaré, si bien no hay un desarrollo mercantil del recibo emitido por las entidades financieras.

En el marco jurídico civil, el artículo 1225 del Código Civil define los documentos privados, dentro de la prueba de las obligaciones, señalando que "el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes", valor probatorio que desarrolla el artículo 1218 del mismo cuerpo legal al determinar que hacen prueba del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este.

Circunscrito a este ámbito, destacar lo dispuesto en los artículos 324 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, relativa a los documentos privados válidos a los efectos de prueba en un proceso, entendiendo como tales aquellos que no tienen el carácter de documentos públicos, por lo que deja abierto un amplio abanico de posibilidades.

La consecuencia directa que puede extraerse de todas las referencias normativas realizadas, es que no existe un *numerus clausus* de supuestos en los que se considere qué documentos tienen valor probatorio equivalente a la factura en el tráfico jurídico mercantil, o con eficacia administrativa, máxime cuando, como

se ha puesto de manifiesto, la factura se desarrolla en todo caso en el ámbito mercantil, pero no así necesariamente otras posibles situaciones derivadas de la obligación de justificación de gastos al amparo de una subvención otorgada, por lo que habrá que estar a cada caso concreto, en función del sujeto que lo desarrolla, el ámbito de aplicación, el procedimiento en que se desenvuelve y la obligatoriedad, o no, fijada por un precepto legal.

Segunda.– Valor probatorio de los recibos bancarios

Habida cuenta de la posibilidad de existencia, al margen de la factura, de otros documentos de valor probatorio a efectos de justificación de los gastos subvencionables, en el marco del otorgamiento de una subvención por parte de la Administración, se plantea a esta Asesoría el caso concreto de los recibos bancarios.

Se denomina recibo a todo documento que acredita el pago de una determinada cantidad de dinero, emitido por la persona acreedora (quien recibe) y dirigido a la persona deudora (quien paga).

Como ya se ha adelantado en la consideración jurídica anterior, no existe regulación mercantil específica del recibo, siendo las Instrucciones del Consejo Superior Bancario, que es el órgano consultivo del Ministerio de Economía y Hacienda en materia de bancos, y las prácticas bancarias y comerciales, las normas supletorias de protección jurídica. De acuerdo con estas, el recibo es considerado un efecto de comercio con características similares a la letra y al pagaré, pudiendo endosarse y aceptarse, siempre que esté aceptado.

El pago del recibo suele domiciliarse, circunstancia puesta de manifiesto en la consulta realizada a esta Asesoría, y en el caso de tal domiciliación bancaria del recibo, es necesaria la autorización escrita del deudor para que la entidad bancaria cargue o adeude en cuenta su pago. Una vez realizada esta anotación, la entidad envía al deudor el documento del recibo como justificante del abono.

En cuanto a las especificaciones y contenido que el mismo ha de tener, destacar las distintas Normas del Consejo Superior Bancario, con especial referencia a la Norma 68, relativa a los "pagos domiciliados", en lo que, en el análisis de la cuestión planteada, nos interesa, y a la cual nos remitimos.

Por todo lo anterior, consideramos que se ha de entender que el documento justificativo del pago, reflejado en un recibo bancario, reviste carácter probatorio de dicho pago, por el importe y en los términos que en el mismo se expresen, siempre y cuando el deudor de la cantidad que en cada caso proceda haya prestado su consentimiento.

A modo ilustrativo, y dado que se ignora si en las bases de regulación de la subvención se establecía especialidad alguna, poner de manifiesto cómo en otras comunidades autónomas admiten otros documentos a efectos probatorios de los gastos realizados, entre ellos el recibo bancario:

- En Navarra, la Resolución 1488/2010, de 26 de mayo, de la directora general de Empresa, por la que se aprueba la convocatoria de subvención para la sensibilización y promoción exterior de asociaciones empresariales para el año 2010, establece en su Base 8 la justificación de los gastos y pagos realizados:

"1. Una vez cumplida la finalidad para la que se concedió la subvención, los beneficiarios deberán justificar los gastos y pagos realizados en los plazos establecidos en la resolución de concesión, para lo cual deberán presentar la siguiente documentación en los lugares indicados en la base 5:

"a) La justificación de los gastos subvencionables, según el formulario modelo (Fc7.07.25) debidamente cumplimentado, que puede obtenerse en www.navarra.es. Toda la documentación justificativa deberá estar a nombre de la entidad que realizó la solicitud de subvención.

"b) Copias de las facturas.

"c) Copias de los justificantes de pago, tales como cargos en cuenta y recibos bancarios.

"d) Informe de las actuaciones realizadas.

"e) Si ha realizado visitas de sensibilización, informe de cada una de ellas, según el formulario modelo (Fc7.07.23).

"f) Si presenta material de difusión, mostrará un ejemplar de cada concepto que aparezca relacionado en las facturas para ser subvencionado.

"g) Si justifica publicidad en medios extranjeros, mostrará un ejemplar del medio en que aparezca, así como una copia de la portada y del anuncio.

"h) En el caso de viajes de periodistas o clientes actuales o potenciales, tarjeta de visita de la persona que haya realizado el viaje.

"i) En el caso de los gastos internos, fotocopias de nóminas del personal dedicado a la actividad, facturas de alquileres y telecomunicaciones.

“j) Cualesquiera otros que resulten necesarios para la comprobación de la ejecución de las acciones.”

- En Extremadura, el artículo 34 del Decreto 82/2009, de 7 de abril, por el que se regula el sistema de ayudas bajo la metodología Leader y el procedimiento de gestión para el periodo de Programación de Desarrollo Rural 2007-2013, establece que “la forma de acreditar las inversiones o gastos subvencionados es mediante facturas pagadas o documentos contables de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa en los términos establecidos reglamentariamente, junto con los títulos o los documentos bancarios o contables que aseguren la efectividad del pago”. Es decir, permite la acreditación del pago, además de con las facturas pagadas con los documentos contables de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa en los términos establecidos reglamentariamente, junto con los títulos o los documentos bancarios o contables que aseguren la efectividad del pago. A estos efectos se entiende por documento contable de valor probatorio equivalente todo documento presentado para justificar, cuando no proceda la emisión de factura, que la anotación contable ofrece una imagen fiel de la realidad.

En esta misma Comunidad, el día 19 de abril de 2005 se publicó en el D.O.E. el Decreto 90/2005, de 12 de abril, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones a Programas de Inserción Social para colectivos excluidos o en riesgo de exclusión, cuya norma sexta establece: “2) Gastos justificados con recibos: Los recibos o facturas cumplirán los requisitos que se señalan en el apartado 5 y además consignarán la retención del IRPF, se adjunta modelo orientativo. Los pagos a personas se completarán con copia de los impresos 110 y 190 de ingresos por retenciones de IRPF”, dando cabida a esta posibilidad.

Por último, mentar igualmente las Instrucciones para la Justificación de las Intervenciones de la Cooperación Extremeña (Año 2011), que establecen en su punto tercero, relativo a la documentación justificativa, los documentos justificativos de los gastos y los pagos realizados imputados a la subvención concedida durante el período cubierto por el informe presentado:

“Facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente, con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa, u otros documentos fehacientes justificativos de los mismos.

“Los pagos se acreditarán con el documento mediante el que hayan sido realizados (transferencia, cheque, recibo firmado por el suministrador o comerciante que haya prestado el servicio...)”, donde se da cabida a cualquier otro documento.

- En la Comunidad Valenciana, la Orden de 30 de junio de 2008, de la Conselleria de Industria, Comercio e Innovación, por la que se convocan ayudas para la financiación de proyectos de investigación y desarrollo industrial de especial relevancia para la Comunitat Valenciana, establece en el punto 2.5. Relación Gastos: Cuenta Justificativa, que “La justificación del gasto realizado revestirá la forma de cuenta justificativa (documento cuenta justificativa). El importe que debe ser justificado es el presupuesto incentivable aprobado, de acuerdo con la Resolución de adjudicación. Se efectuará mediante una relación detallada de las actuaciones realizadas apoyadas por la subvención, con indicación de cada uno de los gastos incurridos, con identificación del acreedor y del documento, importe, fecha de emisión y fecha de pago. Los justificantes de los gastos realizados (facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa) y efectivamente pagados (transferencias, recibos, etc.) como consecuencia de las actuaciones apoyadas por esta subvención, a nombre de la entidad beneficiaria. Cuando el pago se acredite mediante recibos, estos identificarán claramente el perceptor firmante de los mismos. Los pagarés no se consideran justificantes de pago efectuado.”

- En la Comunidad de Madrid, según la Orden 754/2009/00, de 22 de abril, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas a entidades editoras de revistas de carácter cultural, para la edición de estas publicaciones, y se efectúa la convocatoria correspondiente a 2009, entre la documentación a presentar se encuentra la acreditativa de la realización efectiva del pago de los gastos imputados a la subvención, y dice que “Cuando el pago de la factura se realice por transferencia bancaria, se deberá aportar fotocopia del extracto bancario donde figure la salida de los fondos y el beneficiario”, lo que, si bien alude de forma genérica a la factura, para lo que aquí nos interesa pone de manifiesto la validez probatoria de un extracto bancario.

Estos ejemplos, sin perjuicio de su directa aplicación en otras comunidades autónomas, ponen de manifiesto la validez del recibo bancario como justificante de

pago en el marco de la justificación de las subvenciones, pues todos los supuestos se realizan al amparo de lo dispuesto tanto en la LGS como en su Reglamento de desarrollo, aludiendo en el desarrollo de las bases de ejecución a estas normas.

Tercera.– Carácter original del recibo bancario

Una vez manifestada la validez probatoria que, a mi juicio, tiene el recibo bancario para justificación de gastos en el marco de la legislación de subvenciones, es necesario abordar el tema de la originalidad del documento.

El artículo 46 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, establece que:

“1. Cada Administración Pública determinará reglamentariamente los órganos que tengan atribuidas las competencias de expedición de copias auténticas de documentos públicos o privados.

“2. Las copias de cualesquiera documentos públicos gozarán de la misma validez y eficacia que estos siempre que exista constancia de que sean auténticas.

“3. Las copias de documentos privados tendrán validez y eficacia, exclusivamente en el ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas, siempre que su autenticidad haya sido comprobada.

“4. Tienen la consideración de documento público administrativo los documentos válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones Públicas.”

Por su parte, el Real decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de Registro, establece el régimen de expedición de copias de documentos y la validez del cotejo, destacando lo dispuesto en el artículo 7.3, en virtud del cual “la copia sellada acreditará que el documento original se encuentra en poder de la Administración correspondiente, siendo válida a los efectos del ejercicio por el ciudadano del derecho reconocido en el artículo 37.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, así como para solicitar, en su caso, la devolución del documento

original una vez finalizado el procedimiento o actuación o de acuerdo con lo que disponga la normativa de aplicación”.

En cuanto al recibo emitido por la entidad financiera, con todos los datos necesarios consignados en él, y remitido al domicilio del titular de la cuenta en la que dicho recibo ha sido cargado, o recogido en la propia entidad, el cual tiene atribuido un número de operación que da prueba de su originalidad, ha de entenderse original y válido a los efectos legales que procedan.

Cuestión distinta es el supuesto del recibo obtenido en virtud del acceso informático a determinadas aplicaciones financieras o bancarias a través de la banca electrónica (documento electrónico), que la práctica totalidad de las entidades tienen establecida para el más cómodo y fácil acceso de sus usuarios a operaciones de tal índole, habilitación que viene necesariamente precedida por la suscripción de un contrato con la entidad para el uso de dichos servicios. En este caso, y como ha puesto de manifiesto senda jurisprudencia en relación con la validez de los documentos electrónicos que a efectos de prueba son válidos en los juicios (principalmente referida al valor probatorio de los emails), se entenderá como original el archivo que contenga la información del recibo, y no cualquier copia que el usuario pueda realizar, ya que en tal caso el contenido del archivo puede llegar a ser manipulado.

Cuarta.– Supuesto especial de las comunidades de propietarios

De la documentación remitida parece deducirse que, sin perjuicio de que la consulta se realiza con carácter general respecto del valor probatorio de los recibos bancarios en el tráfico jurídico mercantil, la problemática surge respecto de las comunidades de propietarios, y la obligación o no de estas de emitir facturas por los servicios comunes prestados para el funcionamiento de las mismas.

En el presente caso y por los argumentos esgrimidos se entiende que si la comunidad de propietarios no está obligada a emitir facturas, evidentemente no se le pueden exigir las mismas.

En este sentido, y como ya se pusiera de manifiesto en la consideración jurídica primera, el Real decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación y se modifica el Reglamento del Im-

puesto sobre el Valor Añadido, establece en su artículo 2.1 que los empresarios o profesionales están obligados a expedir factura y copia de esta por las entregas de bienes y prestaciones de servicios que realicen en el desarrollo de su actividad.

Son, pues, dos primeros condicionantes los que la Ley fija, que se trate de empresarios o profesionales, y que estos realicen entrega de bienes y prestaciones de servicios en el desarrollo de dicha actividad como empresarios o profesionales.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, establece que se reputarán empresarios o profesionales las personas o entidades que realicen actividades empresariales o profesionales, entendiéndose por tales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos, o uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

En este marco, es necesario poner de manifiesto que las comunidades de propietarios vienen reguladas formal y legalmente por la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, y por el artículo 396 del Código Civil, legislaciones ambas que conforman la base jurídica que trata sobre el concepto, constitución y funcionamiento de este tipo de figura jurídica.

Como la propia exposición de motivos de la LPH establece, la propiedad horizontal hizo su irrupción en los ordenamientos jurídicos como una modalidad de la comunidad de bienes. En efecto, el artículo 396 del Código Civil se encuadra dentro del título III del libro II relativo a las comunidades de bienes, estableciendo el artículo 392 que hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. En el caso de la comunidad de bienes, se establece una dualidad en el derecho de propiedad, configurada por un derecho exclusivo y singular de cada propietario de los diferentes pisos o locales de un edificio, o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquel o a la vía pública, y el derecho de copropiedad de este mismo propietario sobre los elementos comunes del edificio.

Este derecho de copropiedad se traduce en una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo, conforme al artículo 3 de la LPH. Continúa este artículo diciendo que dicha cuota servirá de módulo para de-

terminar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. Por su parte el artículo 9.e de la Ley establece como obligación de cada propietario, es decir, de los comuneros, "Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización."

De la dicción literal de estos artículos, se desprende que el pago que cada propietario realiza a la comunidad de propietarios no deriva de una actividad realizada por esta en un marco empresarial o profesional, en tanto en cuanto los "servicios prestados" por la comunidad se circunscriben al ámbito legal de la naturaleza propia de esta figura jurídica, es decir, al cumplimiento de lo legalmente establecido para su correcto funcionamiento. Consecuencia de lo anterior es que las comunidades de propietarios no parece se puedan encuadrar en los supuestos en los que el Real decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, exija la emisión de facturas.

Por otro lado, esta obligación plasmada en la LPH tiene como consecuencia directa la aportación, por parte de cada propietario, de una cantidad económica fijada en cada caso, a abonar a la comunidad del propietarios en cumplimiento de los preceptos legales, siendo la práctica habitual la domiciliación bancaria que cada propietario realiza del pago que ha de asumir a favor de la comunidad de propietarios, dando prueba del pago el recibo justificativo en la entidad financiera, en los términos que vengo desarrollando.

Para terminar, citar las consultas de la Subdirección General de Impuestos sobre el Consumo remitidas en el expediente, y que ponen de manifiesto la no obligatoriedad de esta emisión de facturas:

- Núm. Consulta V0404-05, relativa a la obligación de la comunidad de propietarios de expedir factura por la indemnización recibida.

"1.- El artículo 4, apartado uno, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (Boletín Oficial del Estado del 29), dispone que están sujetas a dicho Impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional. (...)

"Aunque el artículo 2.1, primer párrafo del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el artículo primero del Real decreto

1496/2003, de 28 de noviembre (BOE del 29), establece la obligación de expedir factura incluso por las operaciones no sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido, dicha obligación no alcanza al supuesto de no sujeción al Impuesto por la percepción de una indemnización a que se refiere el escrito de consulta en el que, además, el sujeto perceptor no tiene la consideración de empresario o profesional a efectos de dicho Impuesto.

“En consecuencia, la comunidad de propietarios que percibe la indemnización, a cuyo pago está obligada la entidad consultante por sentencia judicial, no está obligada a expedir factura, sin perjuicio de expedir cualquier otro tipo de documento para justificar a otros efectos la percepción de aquella.”

- Núm. Consulta 0058-00, relativa a la obligación, a efectos fiscales, de emitir una factura al Ayuntamiento por dichos gastos.

“La actividad realizada por la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal consultante, consistente en la adquisición de los bienes y servicios necesarios para el mantenimiento, utilización, funcionamiento, etc., de los bienes, elementos, pertenencias y servicios comunes, y en la distribución de los gastos efectuados por tal concepto entre los miembros de la misma, no constituye una actividad de carácter empresarial o profesional a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.

“Dicha comunidad tiene por tanto, en tal caso, la condición de consumidor final a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, no pudiendo repercutir dicho tributo sobre los comuneros con ocasión del cobro de las derramas que efectúan a los mismos.

“Por tanto, a efectos de lo previsto en el Real decreto 2402/85, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales (Boletín Oficial del Estado del 30 de diciembre), la comunidad de propietarios consultante no tiene la obligación de expedir factura por el cobro de los gastos de comunidad correspondientes al Ayuntamiento a que se refiere el escrito de consulta.”

- Núm. Consulta V1096-10, relativa a la obligación de la comunidad de propietarios de expedir factura a los comuneros por los servicios comunes.

“1.– De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (Boletín Oficial del Estado del 29), están sujetas a dicho Impuesto las entregas de bie-

nes y prestaciones de servicios realizadas por empresarios o profesionales en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional.

“Según establece el artículo 5 de la misma Ley, tendrán la consideración de empresarios o profesionales las personas o entidades que realicen actividades que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

“El mismo precepto señala que, en particular, tienen la consideración de actividades empresariales o profesionales las extractivas, de fabricación, comercio y prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras y el ejercicio de profesiones liberales y artísticas.

“(…)

“3.– Las comunidades de propietarios (comunidades de vecinos), con carácter general, no reúnen los requisitos establecidos por la normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido para atribuirles la condición de empresarios o profesionales.

“Dichas comunidades tienen por tanto la condición de consumidores finales a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, no pudiendo repercutir dicho Impuesto sobre los comuneros con ocasión del cobro de las derramas que efectúan a los mismos, ni deducir las cuotas del Impuesto soportadas en la adquisición de bienes o servicios.

“Por consiguiente, los empresarios o profesionales que pertenezcan a una comunidad de propietarios (comunidad de vecinos) no podrán, en principio, deducir las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido que hubiesen sido soportadas por la comunidad. La razón es que dichas cuotas han sido repercutidas directamente a la comunidad de propietarios, no a los comuneros. Es decir, los comuneros no soportan ninguna cuota por repercusión directa. Ello implica que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 92 de la Ley 37/1992, dichos comuneros no podrán deducirse estas cuotas que no les han sido directamente repercutidas, aunque tengan la condición de empresario o profesional.”

4. Conclusiones

Primera.– La justificación de las subvenciones ha de realizarse en los términos establecidos en las bases de

la subvención o, en su defecto, en la forma legalmente prevista, estableciendo el artículo 31 de la LGS y el artículo 72.1.b) del Reglamento de desarrollo que la memoria económica justificativa del coste de las actividades realizadas al amparo de la subvención concedida contendrá, entre otros documentos, las facturas o documentos de valor probatorio equivalente en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa incorporados en la relación de gastos e inversiones y, en su caso, la documentación acreditativa del pago.

Segunda.— La normativa, en los casos en que por imperativo legal no es obligatorio presentar factura, establece la necesaria presentación de documentos de valor probatorio equivalente en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa y, en su caso, la documentación acreditativa del pago, sin establecer un *numerus clausus* de dichos documentos, entendiendo por los argumentos esgrimidos que los recibos expedidos por entidades financieras se circunscriben a los extremos fijados por la Ley, siempre que hayan sido autorizados por su titular y contengan los datos mínimos necesarios, considerando estos documentos con valor probatorio justificativo del pago realizado.

Tercera.— Se considerará original el documento emitido por la entidad financiera, y, en el caso de que se trate de un documento electrónico obtenido por su titular mediante copia, lo será el archivo original que dé soporte a dicho documento.

Cuarta.— En cuanto al concreto supuesto de las comunidades de propietarios, tanto del Real decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, como de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, se desprende que las mismas no están obligadas a emitir factura, por entender que no tienen la consideración de empresario o profesional, y que la actividad realizada por la comunidad de propietarios en régimen de propiedad no constituye una actividad de carácter empresarial o profesional, por lo que se ha de considerar probado el gasto realizado por esta mediante la aportación de cualquier documento en los términos establecidos en la normativa aplicable, entendiendo incluidos entre los mismos los recibos expedidos por entidades financieras.

El presente informe se emite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 22/2006, de 4 de

julio, de capitalidad y de régimen especial de Madrid, y en el artículo 57.2 del Reglamento orgánico del Gobierno y la Administración del Ayuntamiento de Madrid, de 31 de mayo de 2004, en el plazo conferido al efecto por el artículo 57.3 del Reglamento orgánico del Gobierno y la Administración del Ayuntamiento de Madrid. ■

En Madrid, a 21 de febrero de 2011.

El derecho de acceso al expediente administrativo: consideraciones sobre el acceso y obtención de fotocopias de proyectos de obras desde la perspectiva de la legislación relativa a la propiedad intelectual, a la protección de los datos de carácter personal y a la legislación medioambiental

Anna Maria Cugat Perpinyà

Letrada de la Dirección de Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Barcelona

1. Introducción
2. Documentación técnica incluida en expedientes administrativos como objeto de la propiedad intelectual y derecho de acceso a dicha documentación
 - 2.1. Expedientes en trámite
 - 2.2. Expedientes finalizados
3. Derecho de acceso y protección de datos de carácter personal
4. El acceso a los expedientes administrativos y el derecho a obtener información de naturaleza ambiental
5. Derecho de acceso y propiedad industrial
6. Derecho de acceso y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre: reutilización de la información
7. Conclusiones

1. Introducción

El ámbito del presente análisis se centra en el derecho de acceso a expedientes administrativos, y en el consecuente derecho a obtener copias de documentos de carácter técnico incluidos en ellos, tales como proyectos, planos, diseños... Tal sería el caso, por ejemplo, de un expediente de licencia de obras para la reforma interior de una vivienda, cuando un tercero solicita copia de los planos, memoria y otros documentos que conforman el proyecto técnico obrante en el expediente. Sin embargo, la inclusión de documentación de carácter técnico se plantea en una amplia tipología de procedimientos administrativos, desde los de intervención en materia de obras o actividades, hasta los de contratación de obras o servicios por parte de las entidades del sector público. En todos ellos, ante la petición de copias por parte de un tercero, la Administración Pública deberá valorar si procede denegar el derecho de acceso en base a la propiedad intelectual del autor del proyecto, en concreto, del profesional que redactó dicha documentación. No obstante, la valoración de la Administración Pública ante el ejercicio del derecho

de acceso no se agota con esta primera ponderación, puesto que deberá tener en cuenta, además, la posible existencia de datos personales incluidos en la documentación técnica –cuando, por ejemplo, las obras de una vivienda se realizan con la finalidad de adaptarla a la discapacidad de su ocupante–, así como si la solicitud de derecho de acceso tiene como finalidad bien la obtención de información de naturaleza ambiental, bien la reutilización de la información a la cual se pretende acceder.

2. Documentación técnica incluida en expedientes administrativos como objeto de la propiedad intelectual y derecho de acceso a dicha documentación

Como punto de partida, resulta obligada la referencia al reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad intelectual, establecido por el artículo 20.1.b), por el cual se reconocen y se protegen los “derechos a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”. Por su parte, el artículo 428 del Código Civil, prevé los derechos de explotación y de

plena disposición de las obras literarias, científicas o artísticas, atribuyéndolos a su autor.

A su vez, el Real decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual 22/1987, de 11 de noviembre (TRLPI), que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia, reconoce, en su artículo 1, la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica, por el mero hecho de su creación, y en el artículo 2, atribuye a su autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de su obra.

Corresponde, en primer lugar, dilucidar si la documentación de carácter técnico incluida en los expedientes administrativos puede considerarse objeto de la propiedad intelectual, pues en caso de que la respuesta sea afirmativa, deberemos examinar si procede denegar el derecho de acceso en base a los derechos del autor de la obra.

Bajo el título "Obras y títulos originales", el apartado 1 del artículo 10 del TRLPI dispone:

"1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

"(...)

"f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.

"(...)"

Así pues, de acuerdo con el precepto mencionado, corresponden al autor de la documentación técnica –entendiendo como tal los proyectos, planos, maquetas, diseños incluidos en los expedientes administrativos– los derechos que configuran la propiedad intelectual, tanto los de carácter personal –como por ejemplo el derecho a decidir la divulgación de su obra– como los de carácter patrimonial, en los que se incluyen, entre otros, el derecho de reproducción, distribución o comunicación pública de la obra. Esta primera aproximación nos puede inducir a pensar que la Administración Pública, ante la petición de copias referidas a la documentación técnica de los expedientes administrativos, deba proceder a su denegación, puesto que la decisión de "reproducción y distribución" de la obra correspondería única y exclusivamente al autor del proyecto técnico, en calidad de propietario de los derechos de autor.

No obstante, la Ley 23/2006, de 7 de julio, introdujo diversas modificaciones en el texto refundido de la Ley

de propiedad intelectual, aprobada por el Real decreto legislativo 1/1996, entre las que destaca la introducción de un nuevo artículo, el 31 bis, que modula el régimen de protección de la propiedad intelectual bajo el marco genérico referido a la seguridad y los procedimientos oficiales. Concretamente, su apartado 1.º dispone:

"1. No será necesaria autorización del autor cuando una obra se reproduzca, distribuya o comunique públicamente con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios."

Por lo tanto, la Administración Pública podrá acordar tanto la reproducción como la distribución o comunicación pública de una obra, sin previa autorización del autor, cuando el correcto desarrollo del procedimiento administrativo así lo requiera. Pero ¿cuál es el alcance de la expresión "correcto desarrollo del procedimiento administrativo"? Todo parece indicar que se trata de una expresión conectada con el cumplimiento de los trámites que conforman el *iter* a seguir para dictar una resolución administrativa. Pero debemos entender que, aparte de los aspectos estrictamente formales, incluye también la plena satisfacción de los derechos de los ciudadanos en el marco del procedimiento previsto, por ejemplo, en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC).

Ahora bien, ante las eventuales limitaciones del derecho de acceso derivadas de la legislación de propiedad intelectual, de protección de datos de carácter personal u otros ámbitos, también debemos reflexionar sobre la posible judicialización de cualquier expediente administrativo. En este supuesto, el artículo 48.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) establece la obligación de la Administración Pública de remitir el expediente administrativo "completo, foliado y, en su caso, autenticado, acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga". Una vez recibido el expediente en Juzgado o Tribunal, el artículo 52 de la LJCA exige que, una vez completados los emplazamientos, por el secretario judicial "se acordará que se entregue al recurrente para que se deduzca la demanda en el plazo de veinte días". Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de instar el complemento de expediente conforme al artículo 55 del citado texto legal. En definitiva, una resolución administrativa que acordara la exclusión del derecho de acceso de proyec-

tos técnicos comportaría la indefensión del recurrente en el proceso contencioso-administrativo, puesto que impediría la obtención del expediente “completo” para deducir la demanda, lo que nos conduce a pensar que la Administración debe adoptar una postura restrictiva respecto a las limitaciones del derecho de acceso, postura que también se deriva del principio *pro actione*.

A nivel constitucional, el artículo 105, en su apartado b), dispone que la Ley regulará el acceso a los archivos y a los 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”.

Cumpliendo el mandato constitucional, y al amparo del principio de transparencia que ha de regir las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos, la LRJPAC regula en el artículo 35 el derecho de acceso de los ciudadanos a los expedientes abiertos o en trámite:

“Artículo 35. Derechos de los ciudadanos.

“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.”

En el ámbito local, el artículo 18 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, reconoce, entre los derechos y deberes de los vecinos, el derecho de acceso:

“(…)”

“e) Ser informado previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 105 de la Constitución.”

En el mismo sentido que la LRJPAC, aunque con la previsión expresa sobre el acceso a los expedientes electrónicos, está redactado el artículo 26 de la Ley 26/2010 de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña:

“Artículo 26. Derecho de acceso a los expedientes administrativos.

“Los ciudadanos que tienen la condición de personas interesadas en un procedimiento administrativo en trámite tienen derecho a acceder al expediente y a obtener copia de los documentos que forman parte de él. Si los documentos son en formato electrónico, los ciudadanos tienen derecho a obtener copias electrónicas de los mismos.”

2.1. Expedientes en trámite

Ante el marco constitucional y legislativo expuesto, analicemos, en primer lugar, el ejercicio del derecho de acceso en expedientes abiertos o en trámite. La exigencia del artículo 35 de la LRJPAC resulta obvia: para que la Administración Pública pueda acceder a la petición de fotocopias de documentos contenidos en un expediente administrativo que se encuentra en fase de tramitación, el solicitante debe acreditar la condición de interesado en el procedimiento. Tal condición se define en el artículo 31 de la LRJPAC.¹

Así pues, es indudable que la protección del TRLPI no es obstáculo para la obtención de fotocopias de documentos pertenecientes a un proyecto de obras incluidos en un expediente administrativo, siempre que el solicitante acredite su condición de interesado en el procedimiento. Puede acceder al expediente puesto que, como ya hemos comprobado anteriormente, el artículo 31 bis de esta misma Ley introduce una excepción a la autorización del autor cuando sea necesario para el correcto desarrollo del procedimiento administrativo, y, precisamente, la LRJPAC establece el derecho de acceso a los procedimientos en trámite de aquellos que acrediten la condición de interesados.

Asimismo, debemos entender que el derecho de acceso comporta además el derecho a obtener copia de los documentos incluidos en los procedimientos, puesto que la negativa a la expedición de fotocopias podría provocar la indefensión de aquellos interesados dispuestos a alegar, máxime cuando la complejidad técnica de la materia o el ámbito en el que se desarrollen los procedimientos no permitan la elaboración de las alegaciones sin cierto tiempo de estudio previo.

1. “Artículo 31. Concepto de interesado.

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

“a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

“b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

“c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”

Entre los expedientes abiertos, destacan aquellos supuestos en los que la propia tramitación del procedimiento administrativo exige un trámite de información pública, puesto que parece obvio que, precisamente, en estos supuestos, “el correcto desarrollo del procedimiento administrativo” ya establece la posibilidad de que cualquier persona pueda examinar el expediente, y, en consecuencia, tampoco sería necesaria la autorización del autor de la obra, de conformidad con el artículo 31 bis del TRLPI. Este trámite está previsto con carácter general por el artículo 86 de la LRJPAC, para todos aquellos casos en los que la naturaleza del procedimiento así lo requiera. Según este precepto, una vez acordada la información pública, cualquier persona puede examinar el expediente y tiene derecho a presentar alegaciones, y, en consecuencia, tiene derecho a obtener copias de los documentos que obren en el expediente.

Además, no podemos pasar por alto que un elevado número de expedientes tramitados por los ayuntamientos, que contienen proyectos técnicos, versan sobre materia urbanística, y, precisamente en esta materia, el ordenamiento jurídico reconoce el ejercicio de la acción pública. Por ello, podríamos llegar al convencimiento de que la Administración Pública tuviera la obligación de reconocer de manera automática la condición de interesados en el procedimiento a aquellos ciudadanos que pretendieran instar un control de la legalidad de naturaleza urbanística. Establece el artículo 4 del Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del suelo, en su letra f), que todos los ciudadanos tienen derecho a:

“f) Ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.”

Por lo tanto, de acuerdo con los preceptos mencionados, a falta de normativa sectorial urbanística que regule el acceso de los ciudadanos a expedientes abiertos o en trámite de esta materia, a efectos de ejercitar el control de la legalidad, habrá que atenerse a lo establecido por la normativa general que regula el acceso de los ciudadanos a los expedientes abiertos, concretamente al artículo 35 de la LRJPAC, de forma que el solicitante deberá acreditar su condición de interesado en el procedimiento. Consecuentemente, la acción

pública no opera con plenitud en el caso de los expedientes urbanísticos en trámite, y los ciudadanos –sin intereses legítimos en el procedimiento– solo podrán ejercer el control de la legalidad respecto a aquellos actos administrativos adoptados en el procedimiento, una vez este haya finalizado.

Avala esta interpretación el Dictamen CNS 42/2009 de la Autoridad Catalana de Protección de Datos, cuando analiza el caso planteado por un Ayuntamiento en el que un ciudadano que no tiene la condición de persona interesada en la tramitación de un expediente de licencia de obras mayores, antes de que la Administración Pública haya emitido la resolución correspondiente, solicita el ejercicio del derecho de acceso respecto a la documentación técnica del procedimiento, que incluye, a su vez, datos de carácter personal:

“El reconocimiento de la acción pública en materia urbanística hace que se pueda reconocer un interés legítimo a cualquier ciudadano por el mero hecho de que pretenda ejercer un control de legalidad. Ahora bien, al margen de aquellos procedimientos en los que, en vista del interés que puedan tener para toda la ciudadanía, se haya previsto en la normativa correspondiente un trámite de información pública, la acción pública tiene un alcance limitado en el supuesto de acceso a expedientes abiertos o en tramitación, ya que el control de la legalidad se ejerce sobre las decisiones o actuaciones administrativas y, por lo tanto, no se ejerce sobre los actos de trámite anteriores a estas.”

2.2. Expedientes finalizados

El derecho de acceso a expedientes cerrados o archivados, con el consiguiente derecho a obtener copia de los documentos que contengan, está regulado en el artículo 37 LRJPAC, según el cual:

“Artículo 37. Derecho de acceso a archivos y registros.

“1. Los ciudadanos tienen 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.

“(…)”

“8. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en

su caso, de las exacciones que se hallen legalmente establecidas.

“(…)”

Por lo tanto, de acuerdo con el precepto mencionado, una vez finalizada la tramitación del procedimiento administrativo, la legitimidad para ejercer el derecho de acceso es más amplia, puesto que se confiere de manera genérica a los ciudadanos, quienes no tendrán que acreditar con carácter previo su condición de interesados en el procedimiento.

Sin embargo, el ejercicio del derecho de acceso respecto a procedimientos cerrados no está configurado de manera absoluta: existen determinadas materias –las enumeradas en el artículo 37.5– que resultan expresamente excluidas de este ámbito. Asimismo, en el apartado 4.º del artículo 37, se prevé la posibilidad de que la Administración Pública deniegue el derecho de acceso siempre que prevalezcan razones de interés público, intereses más dignos de protección, o así lo disponga una Ley.

Nuevamente hay que tomar en consideración la constatación del elevado número de expedientes tramitados por los ayuntamientos que versan sobre materia urbanística, en la que, como queda dicho, el ordenamiento jurídico reconoce la acción pública de los ciudadanos para ejercer el control de la legalidad de las actuaciones administrativas. A excepción hecha de los supuestos antes mencionados en los que, atendiendo al carácter de la información contenida en el expediente, se excluyen del derecho de acceso, o de aquellos otros en los que se cumplan los supuestos de denegación previstos legalmente, la Administración Pública deberá reconocer el derecho de acceso a los proyectos técnicos incluidos en los expedientes finalizados, así como el de obtención de copias de estos documentos. Resoluciones contrarias a estos derechos vaciarían de contenido el ejercicio de la acción pública establecida por la legislación urbanística y, en consecuencia, desvirtuarían su finalidad, que no es otra que el control de la legalidad urbanística. En este punto, debemos recordar una vez más que, según el TRLPI, decae el necesario consentimiento del autor de la obra –en este caso, el del autor del proyecto técnico–, en favor del correcto desarrollo de procedimientos administrativos.

El Defensor del Pueblo, en los informes anuales de 2006 y 2009, considera que no es posible denegar a los ciudadanos el acceso a la documentación obrante en los expedientes relativos a materia urbanística so-

pretexto de la posible vulneración de los derechos de propiedad intelectual:

“Por ello se sigue recordando a las Administraciones que el acceso a un proyecto técnico divulgado (artículo 4, del Real decreto legislativo 1/1996, que aprobó el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual) no supone materialmente vulneración alguna de los derechos de autor, morales ni de explotación y tampoco la Ley de propiedad intelectual considera la obtención de copias una forma de explotación por terceros de la obra protegida, puesto que el artículo 31 bis de la mencionada Ley exceptúa (‘no será necesaria autorización del autor’) el caso de la obra que se reproduzca para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, y ello en el supuesto que haya reproducción. (...) En suma, la regla tradicional en nuestro Derecho –y en los de nuestro entorno–, es que uno de los límites a los derechos de autor es que no puede prohibirse el acceso y reproducción de obras protegidas cuando estas tienen que constar en expedientes administrativos o judiciales” (p. 595, Informe anual de 2006).

Y añade en la página 1.110 del Informe anual de 2009:

“5ª. No son válidas para denegar copias de proyectos de edificación razones aducidas por los ayuntamientos tales como el derecho a la intimidad o del derecho de propiedad intelectual. (...) y segundo, no es válido denegar la copia de un proyecto técnico –si obra en un procedimiento administrativo– por razones de propiedad intelectual; al contrario, la Ley de propiedad intelectual (texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, artículo 31 bis) dice expresamente que no es necesaria la autorización del autor para reproducir una obra en orden al correcto desarrollo de un procedimiento administrativo.”

La Sección 2.ª de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia 202/2005, en una argumentación similar a la sostenida por el Defensor del Pueblo anteriormente referida, respecto al derecho de obtención de copias de un expediente de obras mayores por parte de una persona que ostentaba la condición de interesada en el procedimiento, afirma:

“Fundamentos de derecho.

“(…)”

“Segundo.

“(…) La Ley entiende por comunicación pública cualquier acto por el cual una pluralidad de personas

pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas (artículo 20.1). Y según la doctrina civil, comunicación pública es hacer llegar a una pluralidad de personas obras protegidas, pero no toda comunicación pública de obras protegidas necesita la previa autorización del titular de la obra o de quienes tienen encomendada la gestión de sus derechos. Con aquella comunicación, lo normal es que se esté persiguiendo un beneficio o lucro ilícito a costa del autor, connotación que en el caso del Consistorio en ningún caso concurrirá, puesto que el proyecto se encuentra en un expediente de carácter urbanístico y que a él tengan acceso aquellos que sean interesados no supone que estos persigan obtener ni obtienen, al efecto nada se alegó, beneficios económicos derivados de su visualización” (Aranzadi JUR|2005\85566).

Asimismo, la Sentencia 279/2005 de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ante el recurso interpuesto contra un acuerdo del Ayuntamiento de A Coruña, por el que se denegó la petición de la actora de obtener copia certificada de un expediente administrativo, concluye:

“Fundamentos de derecho.

“(…)”

“Tercero: El artículo 14 de la Ley de propiedad intelectual dispone, al indicar el contenido y características del derecho de autor, que corresponde a este, como derecho irrenunciable e inalienable, decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. Quien acepta la redacción de un proyecto técnico para la obtención de una licencia de obra o de actividad sabe que ese proyecto se va a incorporar a un expediente administrativo y que sobre él, como parte del expediente, podrán obtener información los que tengan interés en relación con el otorgamiento de esa licencia en los términos que establece la legislación del procedimiento administrativo, que incluyen la obtención de copias.

“(…)”

Así pues, según la Sentencia referida, el hecho de que el autor del proyecto técnico conozca de antemano que este será incluido en un expediente administrativo, es motivo suficiente para que no sea necesaria su autorización para el ejercicio del derecho de acceso de un tercero. Este mismo supuesto es el que se plantea en el ámbito de la contratación administrativa, concretamente en aquellos contratos de servicios que tienen como objeto la redacción de proyectos técnicos, puesto que el contratista conoce cuál será el destino de su obra. Pues bien, el artículo 277.2

de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, prevé para este tipo de contratos la cesión de los derechos de propiedad intelectual del autor a la Administración contratante, salvo que los pliegos de cláusulas administrativas dispongan otra cosa diferente:

“2. Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público a que se refiere el artículo 3.1.”

Finalmente, resulta interesante citar la resolución del Ararteko del País Vasco, de 28 de Marzo de 2008, puesto que es absolutamente aplicable a la actividad de las Administraciones locales para el supuesto genérico de que deban acceder al ejercicio del derecho de acceso, con independencia de cuál sea la materia del expediente administrativo. En la resolución citada, relativa a un Ayuntamiento que limitó la petición de acceso a un expediente en el ámbito urbanístico amparándose en el secreto de la propiedad intelectual, el Ararteko del País Vasco, con el objeto de conseguir la compatibilidad del derecho de acceso y el derecho a protección de la propiedad intelectual, concluye:

“Con el objetivo de conjugar ambos derechos el Ayuntamiento puede establecer que el solicitante se comprometa a hacer una utilización adecuada de la información y documentación obtenida a los efectos propios de la defensa de la legalidad urbanística y respetando los derechos que al autor correspondan.”

3. Derecho de acceso y protección de datos de carácter personal

Desde otra perspectiva, es necesario determinar si el derecho de acceso ejercitado sobre documentos de carácter técnico decae cuando esta documentación incluye datos personales. A nivel genérico, dos son las previsiones al respecto contenidas en la LRJPAC, concretamente en los apartados 2.º y 3.º del artículo 37.

La primera, establecida en el apartado 2.º, con relación al acceso a documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas y que la Ley reserva exclusivamente a estas personas. Se trata de los datos personales especialmente sensibles a que alude el artículo 7 de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD). Esto es, los datos sobre la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, origen racial, salud y vida sexual.

La segunda, regulada en el apartado 3.º, relativa al acceso a documentos que contengan datos personales de carácter nominativo. En este supuesto, solo si se cumplen los requisitos establecidos, tales como que no contengan otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas, que no correspondan a un procedimiento de carácter sancionador o disciplinario y que puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, serán datos accesibles por su titular y por terceros que acrediten un interés legítimo.

Ambos supuestos han sido examinados, por ejemplo, por la Autoridad Catalana de Protección de Datos en el Dictamen mencionado con anterioridad (CNS 42/2009):

“En cuanto a la concurrencia de un interés legítimo y directo como condición necesaria para acceder a ciertos documentos de carácter nominativo que no contengan datos íntimos, hay que manifestar que el reconocimiento de la acción pública en materia urbanística hace que se pueda reconocer un interés legítimo y directo a cualquier ciudadano por el mero hecho de que pretenda ejercer un control de la legalidad, como sería el caso si se pretendiera revisar una licencia de obras otorgada. (...)

“En el caso presente, y partiendo de la hipótesis de que la finalidad perseguida es el control de la legalidad, se tendría que analizar cuáles son los datos personales necesarios para lograr dicha finalidad, ya que el acceso a datos innecesarios comportaría una comunicación ilegítima. De todos modos, aunque el escrito de consulta no especifica a qué datos se quiere acceder o qué datos personales contiene el proyecto técnico, nada hace pensar que no se pueda acceder al proyecto técnico completo, es decir, sin necesidad de omitir ciertos datos personales, ya que todo parece indicar que los datos personales que puede contener el proyecto técnico son de tipo identificativo, o, en cualquier caso, que no contiene los datos sensibles a los que hace referencia el artículo 7 de la LOPD. En este

sentido, aunque indirectamente el proyecto técnico podría contener datos personales sensibles, como sería el caso si el proyecto contuviera aspectos que revelaran una determinada discapacidad (por ejemplo, si las obras proyectadas se realizaran para mejorar la habitabilidad a una persona discapacitada con movilidad reducida, y la información del proyecto técnico permitiera identificar esta persona sin hacer un esfuerzo excesivo), no tenemos elementos de juicio suficientes como para prever que se recogerán datos sensibles, los cuales sí que requerirán una especial protección.”

Por lo tanto, los datos identificativos que puedan aparecer en un proyecto técnico, bien del promotor o del arquitecto, son accesibles por terceros que acrediten un interés legítimo y directo, al amparo del apartado 3.º del artículo 37 de la LRJPAC. Y puesto que la acción pública rige en materia urbanística, ello permite que cualquier ciudadano pueda ejercer este derecho de acceso a los efectos de controlar la legalidad de las actuaciones administrativas. Contrariamente, los datos que contengan datos referentes a la intimidad, y en concreto los datos a que hace referencia el artículo 7 de la LOPD, solo podrán ser accesibles por sus titulares.

4. El acceso a los expedientes administrativos y el derecho a obtener información de naturaleza ambiental

Junto a los ámbitos materiales analizados, no podemos olvidar que en determinados supuestos –mayoritariamente en expedientes de licencias de actividades– la solicitud de acceso y obtención de copias del proyecto técnico se formula para obtener información de naturaleza ambiental, por lo tanto al amparo de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Esta Ley ha superado con creces la regulación del derecho de acceso de la LRJPAC, dado que reconoce el derecho a acceder a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos que la posean en nombre suyo, sin que para ello estén obligados a declarar un interés determinado, sea cual sea su nacionalidad, su domicilio o sede [artículo 3.1)a)].

En el Informe anual de 2007, el Defensor del Pueblo ha tratado también esta cuestión:

“Por su parte, el solicitante de acceso a la información ambiental no necesita ostentar la condición de interesado en el procedimiento, ni que los documentos pedidos formen parte de un expediente terminado en la fecha de la solicitud, ni que estos obren en un tipo de soporte material determinado. El solicitante de acceso a la información ambiental que actúa el amparo de la Ley 27/2006 debe tener acceso a datos o documentos contenidos en un procedimiento, aunque no ostente la condición de interesado y aunque dicho procedimiento no esté finalizado (...)

“En definitiva, la Ley 27/2006 establece un derecho de acceso a la información mucho más amplio que el fijado al artículo 37 de la Ley 30/1992, y cualitativamente distinto al del artículo 31 de la misma Ley, pero –eso sí– circunscrito a materia ambiental, es decir, información que afecta o pueda afectar a los elementos que conforman el medio ambiente” (p. 979, Informe anual 2007).

Si bien es cierto que los derechos de propiedad intelectual están previstos en el artículo 13.2.e) de la Ley 27/2006, como uno de los supuestos en los que la Administración Pública puede denegar la solicitud de información cuando afecte negativamente a estos derechos, el apartado 4.º del mismo artículo establece que los motivos de denegación deben interpretarse de manera restrictiva. Dice:

“Artículo 13. Excepciones a la obligación de facilitar la información ambiental.

“(...)

“4. Los motivos de denegación mencionados en este artículo deberán interpretarse de manera restrictiva. Para ello, se ponderará en cada caso concreto el interés público atendido con la divulgación de una información con el interés atendido con su denegación.”

Resulta sorprendente que la Ley 27/2006 incluya la propiedad intelectual como una de las excepciones a facilitar información ambiental, cuando precisamente el artículo 31 bis del TRLPI –que fue introducido por la Ley 23/2006– exime de la autorización del autor cuando la reproducción de la obra sea necesaria para “el correcto desarrollo del procedimiento administrativo”. Ante esta aparente contradicción, debemos recordar el objeto de la Ley de acceso a la información ambiental, que afecta a la información ambiental que “obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre”. Pues bien, la expresión “otros sujetos” podría perfectamente referirse, por ejemplo, a un contratista que esté elaborando un estudio de carácter medioambiental para la Administración. Si el derecho

de acceso a esta información ambiental se plantea durante la elaboración del estudio, es decir, cuando este aún no ha sido recepcionado por la Administración contratante y, en consecuencia, tampoco ha sido incluido en el expediente administrativo de contratación, la Administración podría denegar el derecho de acceso amparándose en los derechos de propiedad intelectual de su autor.

Sin embargo, ante este posible motivo de denegación de información ambiental, el Defensor del Pueblo, en el Informe anual de 2007, hace referencia nuevamente a la Ley de propiedad intelectual cuando se trata de documentos incluidos en expedientes administrativos, y argumenta los supuestos en los que la Administración Pública, efectivamente, puede denegar el acceso a información ambiental:

“También en 2007, y como es habitual año tras año, esta Institución ha tenido que recordar a determinadas Administraciones que las causas de denegación de información ambiental están tasadas, y por lo tanto, quedan fuera del ámbito de decisión administrativa si no tienen apoyo directo, claro y razonable en el artículo 3 de la derogada Ley 38/1995, ahora en el artículo 13 de la Ley 27/2006. Sirva, a modo de ejemplo, una investigación en la que el secreto de la propiedad intelectual se invoca por la Administración como causa de denegación de una solicitud de acceso a cierta información ambiental. Esta Institución considera que no hay tal ‘secreto’ y que desde luego no es aplicable a un proyecto técnico que sea soporte de obras para las que ha de obtenerse autorización, si es preceptiva la información pública, y que además figura en un expediente administrativo (no hay ninguna mención al secreto de propiedad intelectual en el texto de la Ley aprobado por el Real decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril); solo puede tratarse entonces, y con importantes reservas de obras no divulgadas (pero un proyecto técnico que se encuentra en un expediente ya está divulgado), de programas de ordenador (respecto de la posibilidad de inscripción en el registro de solo unas líneas del código fuente y no en su totalidad), o de la conexión de una obra con un objeto protegido por la legislación de propiedad industrial (06039438)” (p. 977, Informe anual 2007).

5. Derecho de acceso y propiedad industrial

Aunque no forme parte del objeto principal del presente análisis, resulta también interesante aludir a la

existencia de otros derechos susceptibles de protección como son los derechos de propiedad industrial (marcas, nombres comerciales, patentes, diseños...), puesto que, a nivel general, el artículo 37.5.d) de la LRJPAC excluye del ejercicio del derecho de acceso los datos relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

Pero, además, el sistema de intervención administrativa articulado en torno a las incidencias medioambientales de proyectos y actividades prevé el respeto a los datos confidenciales que aparecen en estos procedimientos, de acuerdo con las disposiciones que regulan el derecho de propiedad industrial. En concreto, el Real decreto legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos, en su Disposición adicional quinta establece:

“Disposición adicional quinta. Confidencialidad del órgano ambiental en la evaluación de impacto ambiental sobre las informaciones aportadas por el titular del proyecto.

“1. De acuerdo con las disposiciones sobre propiedad industrial y con la práctica jurídica en materia de secreto industrial y comercial, el órgano competente, al realizar la evaluación de impacto ambiental, deberá respetar la confidencialidad de las informaciones aportadas por el titular del proyecto que tengan dicho carácter, teniendo en cuenta, en todo caso, la protección del interés público.”

Así pues, nuevamente aparece la premisa de la necesaria ponderación previa a realizar en cada supuesto concreto a los efectos de poder valorar el interés público que se pretende proteger con la divulgación de los datos *versus* la confidencialidad de los datos amparada en los derechos de propiedad industrial.

Por otro lado, en Cataluña, la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades, establece, tanto para las actividades sometidas al régimen de autorización, como para las sometidas al régimen de licencia ambiental, la posibilidad de que el solicitante declare los datos que, a su parecer, han de recibir la calificación de confidenciales, y se remite, en ambos casos, a la aplicación de la Disposición adicional quinta del Real decreto legislativo 1/2008 antes transcrita, así como a la del resto de legislación sobre la materia [artículos 17.1.g) y 39.2.d)]. Pues bien, en el supuesto en que el órgano ambiental considere que, efectivamente, esos datos deban ser calificados como confidenciales –una vez efectuada la

obligada ponderación entre los intereses públicos y los intereses del particular–, serán exceptuados del trámite de información pública, de acuerdo con el apartado 5.º del artículo 20.

6. Derecho de acceso y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre: reutilización de la información

Finalmente, y desde otra perspectiva, debemos referirnos al derecho de acceso para reutilizar la información de la Administración Pública. En la sociedad actual, inmersa en la denominada era digital, resulta evidente, por una parte, que la información del sector público posee unas características de fiabilidad y calidad que resultan especialmente interesantes tanto para los ciudadanos como para las empresas, especialmente para la industria de contenidos digitales. Por otra parte, es obvio que la reutilización de la información del sector público incrementa el nivel de transparencia administrativa.

En este marco, la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, establece en su artículo 1.º que su objeto es “la regulación básica del régimen jurídico aplicable a la reutilización de los documentos elaborados o custodiados por las Administraciones y organismos del sector público”, aunque su aplicación debe efectuarse “sin perjuicio del régimen aplicable al derecho de acceso a los documentos y a las especialidades previstas en su normativa reguladora.”

El artículo 3.º de la Ley define el concepto de reutilización como “el uso de documentos que obren en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que este uso no constituya una actividad administrativa pública”. El apartado 2.º de este mismo artículo precisa que se aplica a los documentos elaborados o custodiados por las Administraciones y organismos del sector público, cuya reutilización sea autorizada por estos.

Por lo tanto, la petición formalizada por un ciudadano para obtener fotocopias de un proyecto técnico incluido en un expediente administrativo resulta afectada por dicha regulación cuando la finalidad de la petición sea, precisamente, la reutilización de la documentación. Pues bien, en este supuesto, el apartado 3.º del artículo mencionado excluye la aplicación de la Ley cuando sobre los documentos que se preten-

dan reutilizar existan derechos de propiedad intelectual o industrial por parte de terceros, y tal es el caso de la documentación de carácter técnico incluida en expedientes administrativos –como proyectos, planos, maquetas, diseños...–, de forma que la Administración Pública debe denegar la petición de fotocopias formulada con la intención de reutilizar esta información.

Tal sería el caso de una solicitud de obtención de copias de proyectos de obras específicos para la implementación de una determinada tipología de actividades –por ejemplo, actividades docentes o deportivas–, formulada por un profesional del sector, cuando el solicitante tuviera la finalidad, precisamente, de reutilizar el proyecto al cual ha tenido acceso, para aplicar la mismas soluciones técnicas a otros edificios que deben albergar las mismas actividades, con la picaresca de evitar la elaboración del proyecto técnico que ha recibido en calidad de profesional del sector.

7. Conclusiones

1. La propiedad intelectual del autor de un proyecto técnico que está incluido en un expediente administrativo no es obstáculo para el derecho de acceso, ni para la obtención de copias de dichos proyectos, puesto que el artículo 31 bis del TRLPI establece que no es necesaria la autorización del autor cuando la obra “se reproduzca, distribuya o comunique públicamente (...) para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos”.

Podemos considerar que resulta incluido en dicho supuesto el acceso a expedientes abiertos o en trámite, tanto el acceso a aquellos en los que la legislación prevé un trámite de información pública, como el acceso a aquellos otros en los que la petición de copias es formulada por quienes ostenten la condición de interesados en el procedimiento. Asimismo, la Administración Pública tampoco puede denegar el acceso y la reproducción de obras protegidas cuando estas constan en expedientes administrativos finalizados a fecha de la solicitud. En cualquier caso, ante expedientes administrativos cerrados, hay que destacar los supuestos contenidos en los apartados 4.º y 5.º del artículo 37 de la LRJPAC, que recogen las materias excluidas del ejercicio de este derecho, así como los motivos de denegación que limitan su configuración.

2. En los supuestos de derecho de acceso y obtención de copias de expedientes de materia urbanística,

debemos tener en cuenta que el reconocimiento de la acción pública en esta materia –a excepción de los supuestos en que se haya previsto un trámite de información pública– no comporta automáticamente el derecho de acceso a expedientes abiertos, puesto que el control de la legalidad se ejerce respecto a las decisiones o actuaciones administrativas y no respecto a los actos de trámite previos. Pero una vez resuelto el expediente, el ejercicio de la acción pública incluye la concurrencia del interés legítimo y directo de los ciudadanos para solicitar el acceso a los documentos que configuran el expediente.

3. El derecho de acceso y obtención de copias de documentos encuentra limitaciones conforme establecen los apartados 2 y 3 del artículo 37 de la LRJPAC, y la LOPD. Así pues, la Administración no debe pasar por alto la posible existencia de datos de carácter personal contenidos en el proyecto técnico cuya copia se pretende obtener. En este caso, los datos relativos a la intimidad solo resultan accesibles por su titular, y los datos de carácter nominativo, tanto por sus titulares, como por terceros que acrediten un interés legítimo y directo, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 37 de la LRJPAC.

Sin embargo, por otro lado, el derecho de acceso se ve favorecido en determinados sectores materiales. Cuando la petición de fotocopias se realiza para obtener información ambiental, hay que poner de relieve la regulación prevista por la Ley 27/2006, en la que a pesar de que la propiedad intelectual está incluida como uno de los supuestos de denegación, dicha excepción debe ser interpretada de manera restrictiva, previa ponderación de cada caso concreto, tal y como la propia Ley exige y sin perjuicio del artículo 31 bis del TRLPI. Contrariamente, en otro ámbito material, como es el de la reutilización de la información del sector público, la Ley 37/2007, excluye de su ámbito de aplicación el ejercicio del derecho de acceso relativo a los documentos sobre los que existen derechos de propiedad intelectual o industrial por parte de terceros, es decir, cuando tal petición tenga como finalidad la reutilización de la información protegida por la propiedad intelectual. ■

En Barcelona, a 25 de julio de 2011.

Informe relativo al régimen jurídico aplicable a la presentación de una moción de censura, recogido en los artículos 201.7 y 197 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, en la redacción dada por la Ley orgánica 2/2011, de 28 de enero

José Antonio Duque Díaz

*Secretario general del Pleno del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife,
y secretario general de la FECAI (Federación Canaria de Islas)*

Habiéndose presentado en el Cabildo Insular X una moción de censura avalada por la firma de los integrantes de los grupos políticos: B y C, con fecha de entrada 30 de agosto de 2011, se solicita emisión de informe con carácter previo al 10 de septiembre, relativo al alcance e interpretación de lo previsto en el artículo 197.1 de la LOREG en la redacción dada por la Ley orgánica 2/2011, de 28 de enero, en aras a establecer el desarrollo de los derechos y requisitos en el contenido.

En consecuencia con lo anterior, esta Secretaría General procede a realizar las siguientes

Consideraciones jurídicas

PRIMERA: Aunque no se ha remitido a esta Secretaría copia del expediente, por las informaciones recibidas es públicamente conocido que:

A) En el Cabildo Insular X actualmente el Pleno está compuesto por 13 consejeros, 6 integrantes del Grupo Político A, 5 del Grupo Político B y 2 del Grupo Político C, siendo presidenta de la Corporación la cabeza de lista de la formación política más votada, esto es, Formación Política A.

B) El pasado día 30 de agosto, 7 consejeros insulares (la totalidad de los grupos B y C) formalizaron una moción de censura contra la actual presidenta, la cual se entiende que fue debidamente diligenciada por el secretario de la Corporación en la forma y con los requisitos que se recogen en el artículo 197 de la LOREG.

C) Igualmente, por las informaciones vertidas en los medios de comunicación, se ha anunciado por parte del Partido Político B la posible expulsión del Partido de los cinco consejeros insulares que componen el

Grupo B en el Cabildo Insular X, como consecuencia de la firma por estos de la mencionada moción de censura.

D) Se suscitan dudas relativas a si esta situación, de darse, podría encuadrarse en el supuesto regulado en el actual artículo 197 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, en la redacción dada por la Ley orgánica 2/2011, de 28 de enero, y por lo tanto afectar a la válida tramitación de la moción.

SEGUNDA: El artículo 197 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, en la redacción dada por la Ley orgánica 2/2011, de 28 de enero, dispone lo siguiente:

“1. El alcalde puede ser destituido mediante moción de censura, cuya presentación, tramitación y votación se regirá por las siguientes normas:

“a) La moción de censura deberá ser propuesta, al menos, por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación y habrá de incluir un candidato a la Alcaldía, pudiendo serlo cualquier concejal cuya aceptación expresa conste en el escrito de proposición de la moción.

“En el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el alcalde cuya censura se propone, la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias.

“Este mismo supuesto será de aplicación cuando alguno de los concejales proponentes de la moción haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato.

“b) El escrito en el que se proponga la moción de censura deberá incluir las firmas debidamente autenticadas por notario o por el secretario general de la Corporación y deberá presentarse ante este por cualquiera de sus firmantes. El secretario general comprobará que la moción de censura reúne los requisitos exigidos en este artículo y extenderá en el mismo acto la correspondiente diligencia acreditativa.

“c) El documento así diligenciado se presentará en el Registro general de la Corporación por cualquiera de los firmantes de la moción, quedando el Pleno automáticamente convocado para las doce horas del décimo día hábil siguiente al de su registro. El secretario de la Corporación deberá remitir notificación indicativa de tal circunstancia a todos los miembros de la misma en el plazo máximo de un día a contar desde la presentación del documento en el Registro, a los efectos de su asistencia a la sesión, especificando la fecha y hora de la misma.

“d) El Pleno 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, actuando como secretario el que lo sea de la Corporación, quien acreditará tal circunstancia.

“e) La Mesa se limitará a dar lectura a la moción de censura, constatando para poder seguir con su tramitación que en ese mismo momento se mantienen los requisitos exigidos en los tres párrafos del apartado a), dando la palabra, en su caso, durante un breve tiempo, si estuvieren presentes, al candidato a la Alcaldía, al alcalde y a los portavoces de los grupos municipales, y a someter a votación la moción de censura.”

TERCERA: El artículo 201 del mismo texto legal, en su apartado 7, dispone que “El presidente del Cabildo Insular puede ser destituido en su cargo mediante moción de censura, que se desarrollará con lo previsto en el artículo 197. Puede ser candidato al cargo de presidente cualquiera de los consejeros insulares que encabezan las listas de los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones electorales en la circunscripción. (...)”

CUARTA: Los nuevos requisitos que se incluyen en el artículo 197.1 de la LOREG tras la modificación del mismo operada por la citada Ley orgánica 2/2011, de 28 de enero, para la validez y eficacia de la moción, en realidad constituyen nuevos límites y restricciones a la posibilidad de que miembros del Pleno, al separarse voluntariamente del grupo en el que se integraron al inicio del mandato, hagan viable una moción de cen-

sura contra el alcalde o presidente de su propio Partido Político, en esa lucha contra el transfuguismo que ya fue iniciada con la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, y la inclusión de la figura de los concejales/consejeros no adscritos.

En efecto, así lo señala la propia Exposición de Motivos de la Ley 2/2011, de 28 de enero, al argumentar que de lo que se trata es de evitar la práctica de personas electas en sus candidaturas que abandonan su grupo y modifican las mayorías de gobierno. Se trata de encontrar una fórmula que, desde el respeto a la doctrina del Tribunal Constitucional, impida que se produzcan dichas actuaciones.

QUINTA: En el presente caso, y hasta la fecha de este informe, no consta que se hayan producido los elementos previstos en el artículo 197.1 de la LOREG, dado que, tanto en el momento de la presentación de la moción como en el momento presente, no se ha producido ninguna alteración en la composición de los grupos políticos que se constituyeron al inicio del mandato, ni en denominación, ni en el número de consejeros integrantes de cada uno de ellos. Por lo tanto, a día de hoy, no solo se entiende válida y correctamente presentada la moción [por lo que a los requisitos del artículo 197.1.a) se refiere], sino que, además, estos requisitos no han sufrido variación desde dicho momento.

Por otra parte, a mayor abundamiento, en concordancia con lo ya señalado de la Exposición de Motivos de la Ley 2/2011, y con una primera valoración fáctica de la cuestión, no parece que este supuesto pudiera *a priori* entenderse subsumido en uno de esos supuestos de “transfuguismo” que quiere combatir la nueva redacción del 197.1, al menos desde una perspectiva material o de fondo. Procedo a explicar esta afirmación: El propio artículo, en el segundo párrafo de su apartado a), centra la cuestión inicialmente solo en aquel consejero que, perteneciendo al grupo de gobierno, decide abandonar el grupo y unirse a otros consejeros para la destitución del presidente, puesto que dice: “En el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el alcalde cuya censura se propone”, centrándose justamente en el supuesto típico y claro de transfuguismo que tiene lugar para perjudicar al propio grupo.

Si bien, a continuación, en el párrafo tercero, se extiende el límite también a los firmantes que ya no

se encontraran en el grupo en el que inicialmente se integraron, aunque no fuera el del alcalde, haciendo ya referencia no tanto a un posible “transfuguismo” para cambiar la mayoría votada popularmente, sino incluso a un “transfuguismo” que permita “nuevas mayorías”, si estas no existían en el momento de constituirse la Corporación, lo cual ya parece exceder el estricto ámbito conceptual del “transfuguismo político”, al menos en su configuración inicial.

En cualquier caso, dicho esto, no parece que estemos ante un caso de “transfuguismo”, tal y como lo contempla la LOREG, es decir, no se ha producido una ruptura en un grupo político de tal manera que con carácter individual (un consejero), o incluso colectivo (varios de un mismo grupo), salgan de este por cualquier causa (sin descartar en este punto del informe, como causa, la expulsión del partido político, lo cual se analizará más adelante), sino que, más bien, es el grupo político en su totalidad el que ahora decide por unanimidad unirse a otro grupo para censurar a la Presidencia y formar un nuevo grupo de gobierno, supuesto que se entiende que no está contemplado en el 197.1.a), tercer párrafo, dado que literalmente dice: “cuando alguno”, no “todos”, precisamente porque parece que la voluntad del legislador era combatir el “transfuguismo”, sin entrar en el conflicto que estos cambios de voluntades políticas pudieran provocar entre los grupos y sus respectivos partidos políticos. No se produce una alteración de las mayorías decididas popularmente, únicamente un cambio en los pactos de gobierno.

SEXTA: Ahora bien, dada la literalidad del artículo, donde claramente se dice: “(...) haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato (...)”, es preciso analizar cuáles serían esas causas en virtud de las cuales uno o varios consejeros insulares, miembros de un grupo político, dejan de pertenecer al mismo, y distinguir, a su vez, dicho supuesto de aquel en el que todos los miembros del grupo dejaran de pertenecer al mismo, lo cual, teniendo en cuenta que en este caso, como ya se ha señalado en el presente informe, no se ha producido ni el abandono voluntario ni la expulsión por parte del grupo de alguno de sus integrantes, nos lleva al análisis de la expulsión de todos los integrantes del grupo por parte del Partido Político con el que concurrieron a las elecciones, puesto que el grupo en sí mismo no puede expulsar a todos sus miembros, sino solo a alguno de ellos. Esto nos conduce de forma in-

eludible al necesario estudio del último apartado del artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, con el objeto de dilucidar cuál es el alcance de las decisiones que se adopten en el seno de los partidos políticos sobre la organización y funcionamiento de los órganos necesarios de las corporaciones locales.

Dicho apartado, tras la modificación operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, prevé lo siguiente: “Cuando la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones o sean expulsados de la misma, serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos. (...)”

Con esta previsión, el legislador, tras regular en el 73.3, en su primer párrafo, el régimen jurídico de los ahora denominados concejales/consejeros no adscritos, pretende resolver la situación de aquellos consejeros que permanecen en el grupo (por no ser expulsados de su formación política), a los cuales otorga el derecho de seguir integrando, a todos los efectos, el grupo político al que inicialmente fueron adscritos.

Es decir, una vez más, con el objeto de limitar y minorar los derechos de aquellos miembros del Pleno que, pretendiendo alterar el sistema democrático y representativo, abandonan su grupo o son expulsados del mismo, la Ley solo está pensando en que esta situación excepcional es precisamente eso, excepcional, individual o, incluso, colectiva, pero que, en todo caso, no va a afectar a la totalidad del grupo, solo a algunos de sus miembros, manteniéndose aquel para los que quedan. Esta es la razón, a mi juicio, por la que no se hace ninguna referencia a la situación que nos ocupa, es decir, no se regula un supuesto de desaparición de un grupo político completo, de un transfuguismo global.

Eso sí, el precepto vincula (aunque solo para ese caso singular, como se ha dicho) la expulsión de la formación política a la expulsión del grupo político, aunque dicha previsión, es preciso apuntarlo, pudiera suscitar alguna duda sobre su posible inconstitucionalidad, por vulneración del contenido esencial del derecho fundamental previsto en el artículo 23.1 de la Constitución de 1978, y, por ello, vuelve a plantearse la duda sobre si, en el caso de que el Partido Político B, de acuerdo con su normativa interna, decidiera la expulsión de dicho Partido de todos los miembros del Grupo Político B en el Cabildo Insular X, esto pudiera suponer:

1.º– Que dicha expulsión global del Partido conllevara la expulsión del grupo, y, por tanto, su desaparición, por quedar el mismo sin ningún integrante.

2.º– Que dicho supuesto de desaparición del grupo político [después de afirmar anteriormente que no se entiende encuadrado literalmente en el supuesto regulado en el artículo 197.1.a), tercer párrafo] pudiera, no obstante, subsumirse de forma analógica en el mismo.

SÉPTIMA: El acercamiento a la resolución o al menos al esclarecimiento de la cuestión en los términos en los que la hemos planteado en el apartado anterior, solo resulta posible al amparo de una interpretación del artículo 197.1.a) que, amén del tenor literal del artículo, respete la doctrina del Tribunal Constitucional por lo que se refiere a la salvaguarda del contenido esencial del derecho fundamental a la participación política, y, por supuesto, bajo el principio de la interpretación más favorable a la salvaguarda de dicho derecho fundamental.

OCTAVA: Por lo que respecta a la primera de las cuestiones planteadas, la doctrina del Tribunal Constitucional ha venido siendo históricamente contraria a la vinculación entre el acto de expulsión de un partido político de un concejal o consejero y el cese o menoscabo en sus funciones propias como cargo público. En la STC 5/1983, de 4 de febrero, se afirma categóricamente que el artículo 23.1 de nuestra Constitución “consagra ‘el derecho de los ciudadanos’ a participar en los asuntos públicos por medio de ‘representantes’ libremente ‘elegidos en elecciones periódicas’, lo que evidencia, a nuestro juicio, que los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar –y no de ninguna organización como el partido político–, y que la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores que la expresan a través de elecciones periódicas, como es propio de un Estado democrático de Derecho, y que pueda regular la Ley, el cese en el cargo público representativo al que se accede en virtud del sufragio no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores, y eventualmente a la del elegido”.

Dicho criterio se sostenía en consonancia con el respeto a la prohibición del mandato imperativo, también consagrada en nuestro texto constitucional, en el artículo 67.2. Así, en la misma sentencia, el Alto Tribunal afirma: “El sentido democrático que en nuestra Constitución (art. 1.2) reviste el principio del origen popular del poder obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos solo es legítima cuando pue-

de ser referida, de manera mediata o inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular. Es obvio, sin embargo, que, pese a esta identidad de legitimación de todos los titulares de cargos y funciones públicas, solo se denominan representantes aquellos cuya designación resulta directamente de la elección popular, esto es, aquellos cuya legitimación resulta inmediatamente de la elección de los ciudadanos”.

No desconoce el informante que la doctrina constitucional transcrita fue emanada siempre con anterioridad a la configuración legal de la figura del concejal/consejero no adscrito, operada por la reforma que la Ley 57/2003 produjo en la Ley 7/1985, de 2 de abril, con el fin, como ya se ha repetido en este informe, de combatir el denominado “transfugismo político”, que vulnera las mayorías decididas por la voluntad popular. Sin embargo, no es menos cierto que esa finalidad no puede obviar en ningún caso el contenido esencial del derecho fundamental a la participación política.

Quiere decirse que, si bien el artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, menciona la posibilidad (digo menciona porque en realidad está resolviendo la situación de aquellos consejeros que permanecen en un grupo que ha sufrido disminución en el número de sus integrantes) de que la expulsión por parte del Partido Político suponga la expulsión del grupo político y, por lo tanto, su conversión en concejal/consejero no adscrito, dicha previsión no parece que pueda equipararse a la regulada en el artículo 197.1.a) de la LOREG, y ello, no solo porque se entienda que el primer precepto simplemente procede a delimitar la situación de algún concejal/consejero que, expulsado de su grupo originario, pretenda formar un grupo nuevo (lo cual se ha inadmitido legal y jurisprudencialmente tras dicha reforma), sino porque además, y este es a mi juicio el argumento decisivo, podría vulnerarse el contenido esencial del derecho fundamental recogido en el artículo 23 de la Constitución.

Como apoyo a este argumento, cabe citar la STC 169/2009, de 9 de julio (posterior a la reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril), en la que, abordando la problemática de los derechos y facultades de diputados provinciales no adscritos a ningún grupo político, se afirma sin género de dudas que “el ejercicio de la función legislativa o de control de la acción de Gobierno” pertenece “al núcleo de su función representativa parlamentaria”, y, en aplicación de este criterio, se llega a la conclusión de que “la facultad de constituir grupo parlamentario, en la forma y con los requisitos

que el Reglamento establece, corresponde a los diputados, y que dicha facultad pertenece al núcleo de su función representativa parlamentaria. Dada la configuración de los grupos parlamentarios en los actuales Parlamentos, como entes imprescindibles y principales en la organización y funcionamiento de la Cámara, así como en el desempeño de las funciones parlamentarias y los beneficios que conlleva la adquisición de tal *status*, aquella facultad constituye una manifestación constitucionalmente relevante del *ius in officium* del representante. De la afirmación de que forma parte del núcleo de la función representativa de los parlamentarios el ejercicio de la función legislativa y de la función de control de la acción del Gobierno cabe deducir que este núcleo esencial se corresponde con aquellas funciones que solo pueden ejercer la expresión del carácter representativo de la institución. Por esta razón, entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación provincial se encuentran la de participar en la actividad de control del Gobierno provincial, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la Corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores”.

Es decir, siendo la moción de censura el instrumento de control más potente previsto en el ordenamiento jurídico con el que cuentan los miembros del Pleno para supervisar y fiscalizar la actuación de los órganos de gobierno de la Corporación, y a la vista de la doctrina constitucional transcrita, si se relacionase lo previsto en el artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, con el supuesto del artículo 197.1.a) de la LOREG, quedarían afectadas por completo las funciones de control del Gobierno, así como las relativas a la votación en los asuntos sometidos al Pleno de la Corporación.

Asimismo, con base en las afirmaciones vertidas en la mencionada sentencia, relativas a la propia existencia de los grupos, no parece que el Partido pudiera decidir sobre la desaparición total del grupo, cuando en el seno del mismo no se ha producido ninguna ruptura. Es decir, no se entiende que pueda procederse a la suma de cinco situaciones individuales de cinco consejeros insulares, supuestamente “no adscritos”, respectivamente, por causa de la expulsión individual de cada uno de ellos del Partido Político por el que concurrieron a las elecciones, como si de una operación matemática se tratara. La situación no refleja una disgregación del

grupo, ni siquiera un transfuguismo político, al contrario, refleja una cohesión interna que, con el aval de la doctrina constitucional, respeta la función representativa que a este le corresponde como parte del núcleo esencial del derecho a la participación política.

NOVENA: Por lo que se refiere a la segunda de las dudas planteadas, y admitiendo la posibilidad de que tras la expulsión de la formación política se produjera la desaparición del grupo [lo cual no se comparte, como se ha dicho, por entender inaplicable la previsión del artículo 73.3 de la Ley 7/1985, y por entender igualmente, como ya se ha dicho, que el artículo 197.1.a) se refiere a la situación del tránsfuga que abandona el grupo, dado que se alude a “alguno” de los proponentes], es preciso abordar la cuestión del momento en que dicha expulsión tuviera que producirse para que pudiera entenderse subsumible la misma en el supuesto regulado en el reiterado artículo 197.1.a).

Incluso situándonos en un escenario en el que solo algunos de los consejeros integrantes de un grupo político firmaran la moción de censura conjuntamente con otros miembros de la Corporación que puedan pertenecer a otro grupo político, sin que en el momento de la presentación tuvieran la condición de “no adscritos”, es decir, incluso tratándose, no ya de todo el grupo político B, sino incluso solo de algunos de sus integrantes, los que hubiesen firmado la moción, el respeto al contenido esencial del derecho fundamental del 23.1 obliga a una interpretación restrictiva del precepto, en el sentido de entender que únicamente puede obligarse al cumplimiento del requisito de permanencia en el grupo político en el que se integró al inicio del mandato, en el momento de la presentación de la moción, pero no si, con posterioridad y como consecuencia directa de la firma, dicho representante es expulsado del partido político y del grupo. Si ello fuera así, se estaría limitando y vulnerando el derecho a la participación política de un miembro del Pleno que, sin ser “no adscrito”, y, por tanto, con la plenitud de sus funciones reconocidas, automáticamente, por una decisión ajena a dicha función representativa, y sin efectos jurídicos en el ámbito de la Corporación, como es la expulsión del partido político, quedaría privado de una función esencial, cual es la de censurar al grupo de gobierno y a su presidente, puesto que resulta contradictorio en sus propios términos que, siendo válidamente presentada la moción, por un acto ajeno a la voluntad de los firmantes y a la voluntad de la propia Corporación, la misma no pueda tramitarse y votarse.

Dependería únicamente de la voluntad de los partidos políticos el ejercicio de una función tan básica como el control del Gobierno y, por ende, el derecho al voto en el Pleno.

La interpretación de la previsión recogida en el apartado e) del artículo 197.1 relativa a la necesidad de que el día fijado para la votación se mantengan todos los requisitos del apartado a), no parece que pueda llevar a la conclusión de que situaciones sobrevenidas, contrarias a la voluntad de los proponentes, puedan afectar a la tramitación y votación de un instrumento de control válidamente planteado, más aún cuando la situación sobrevenida es una sanción externa por la presentación de la moción. Con esta interpretación quedaría vaciado totalmente de contenido el derecho de control del grupo de gobierno que poseen los miembros del Pleno.

Podría afirmarse, a pesar de ello y como argumento contrario, que dichos consejeros sancionados con la expulsión del partido político, podrían seguir ejerciendo las funciones de control, y en concreto la de censurar al presidente, presentando una nueva moción con las mayorías incrementadas exigidas en el artículo 197.1.a), pero ello resulta prácticamente imposible porque:

- En primer lugar, dado el escaso margen de firmantes con el que se cuenta, puesto que se exige la mayoría absoluta para la formalización de la moción, lo que en la práctica la convierte materialmente en inviable.

- En segundo lugar, porque el apartado 2 del mismo artículo 197, el cual no ha sido modificado por la Ley orgánica 2/2011, prohíbe a los concejales que hayan firmado durante un mandato una moción, volver a firmar otra. Es preciso destacar que dice “que hayan firmado”, y no “que hayan votado”.

Nuevamente, es necesario dejar constancia de que, como ya se ha dicho, conoce este firmante cuál era la voluntad del legislador cuando introdujo los dos nuevos párrafos al artículo 197.1.a): combatir el transfuguismo. Se da por supuesto que no se está afirmando en el presente informe la inaplicabilidad del precepto en ningún supuesto, sino que lo que se pretende argumentar es que, aunque conforme a la doctrina constitucional, posterior incluso a la redacción del artículo 73.3 de la Ley 7/1985, sería incluso discutible la imposición de tan importante límite, cual es el gravamen de incrementar las mayorías necesarias para la válida presentación de la moción a

los consejeros “no adscritos”, también es cierto que precisamente por ese carácter de “no adscritos”, dichos miembros corporativos legalmente han visto mermadas sus facultades en el ejercicio de la función representativa. Por ello, si alguno o algunos de los miembros del grupo pasaran a la condición de “no adscritos” por abandono o expulsión, sería admisible (con las cautelas señaladas en cuanto al contenido esencial del derecho fundamental del 23.1) que, en el momento de la presentación de la moción de censura, sufrieran esa carga añadida de incrementar la mayoría absoluta (cometido como mínimo complicado en el juego actual de las mayorías), pero solo si en ese momento ya tuvieran dicha condición. No parece que con amparo en la doctrina constitucional al respecto, y a la vista, además, de lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 2/2011, pudiera haber una interpretación más restrictiva, que terminaría vaciando de contenido el derecho al control político.

DÉCIMA: Es preciso también señalar que, dado que el artículo 73.3 de la Ley 7/1985, aunque para un supuesto distinto, admite la posibilidad de que la expulsión del partido político suponga igualmente la del grupo, debe aclararse que dicha expulsión es un acto interno del partido que afecta a uno o a algunos de sus militantes, como tales, no como miembros corporativos, y que, por lo tanto, debe regirse por los procedimientos y causas que se prevean en los Estatutos del Partido.

Consultados los Estatutos del Partido Político B, artículos 52 y 53, se comprueba que se prevé la sanción de expulsión por la comisión de faltas muy graves (contemplándose expresamente el supuesto que nos ocupa), pudiendo la misma ser objeto de recurso de alzada ante una Comisión de Ética y Garantías. Por lo que, acordándose una expulsión provisional o incluso una expulsión definitiva, la misma sería objeto de recurso y, por lo tanto, no podría ser firme antes de la votación de la moción (en el presente caso aún ni siquiera se ha iniciado el proceso de expulsión). No se entiende admisible que dicha situación de incoación de expediente disciplinario, o incluso de adopción de una medida cautelar, pueda paralizar el ejercicio de un derecho fundamental, más aún cuando dicho ejercicio cumplía con todos los requisitos de validez y eficacia *ab initio*, por lo que podría incluso pensarse que esta posibilidad fue valorada por el legislador de la Ley orgánica 2/2011, que únicamente quería combatir el transfuguismo, y no la expulsión sobrevenida.

UNDÉCIMA: No obstante lo anterior, y aun admitiendo, con base en todas las consideraciones jurídicas vertidas en el presente informe, la adecuación al ordenamiento jurídico de la moción presentada, y el difícil o imposible encaje que una expulsión sobrevenida (a la presentación de la moción) de todos los miembros integrantes de un grupo político puede tener en la literalidad del artículo 197.1.a) de la LOREG, en una interpretación del mismo que respete la doctrina constitucional sobre el contenido esencial del derecho a la participación política contenido en el artículo 23.1 de nuestra Carta Magna, se observa un posible escollo jurídico en lo que afecta al consejero que puede ser candidato a la Presidencia, ya que en este caso sí que la Ley, en su artículo 201.7, y a diferencia de lo preceptuado para los ayuntamientos y alcaldes, exige que el candidato sea cualquiera de los consejeros insulares que a su vez “encabecen” las listas de los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones electorales en la circunscripción. Es decir, aun concluyendo que la expulsión sobrevenida del partido político con el que concurrieron a las elecciones, de todos los miembros del grupo, no tiene encaje en el supuesto del artículo 197.1.a), sí que afectaría al candidato a la Presidencia, que, ahora, al ser expulsado del partido, ya no sería el cabeza de lista del mismo.

Esta problemática, al igual que se expuso en la Consideración DÉCIMA del presente informe, no se produciría si la expulsión no es firme antes del día fijado para la votación, lo cual, a la vista de los hechos, es fácticamente imposible.

Por otra parte, al señalar el artículo 201.7 citado “que encabecen las listas de los partidos”, podría facilitar una interpretación conducente a concluir que, aunque el precepto está redactado en tiempo presente, al referirse a las listas, solo puede estarse aludiendo al momento en el que fueron elegidos, y en ese momento, con independencia de lo que haya ocurrido con dicho consejero con posterioridad a las elecciones y a la constitución de la Corporación, el candidato sí reunía dicha condición.

DUODÉCIMA: Por último, y como una puntualización final no planteada hasta el momento, quiere hacerse notar que la Ley orgánica 2/2011, de 28 de enero, en la nueva redacción que le da al artículo 197.1 de la LOREG, no incluye el apartado f) del mismo, es decir, da por terminada la redacción del 197.1 en la letra e). Esto supone que ha desaparecido la previsión legal de que la proclamación del candidato incluido en

la moción como presidente, solo se producirá cuando prospere la moción con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

En estos momentos, se aprecia una laguna legal sobre cuál es la mayoría exigida en la votación de la moción para que pueda entenderse que la misma ha prosperado, y pueda proclamarse como nuevo presidente al candidato propuesto.

Conclusiones

PRIMERA: La moción de censura formalizada el pasado día 30 de agosto de 2011 contra la actual Presidencia del Cabildo X, se entiende válida y debidamente diligenciada, cumpliendo la misma con todos los requisitos exigidos legalmente por el artículo 197.1.a) de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general.

SEGUNDA: En el momento actual no se ha producido ninguna circunstancia nueva o sobrevenida que pudiera modificar tales requisitos, por lo que no se aprecia inconveniente alguno en que la moción pueda ser votada el día fijado.

TERCERA: Entiende esta Secretaría que, por respeto a la doctrina constitucional emanada para la salvaguarda del contenido esencial del derecho fundamental a la participación política consagrado en el artículo 23.1, el supuesto de expulsión del partido político de todos los integrantes del grupo como consecuencia de la presentación de la moción no puede subsumirse, ni tan siquiera por una interpretación analógica, en los supuestos recogidos tanto en el artículo 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, como en el 197.1.a) de la LOREG, los cuales se refieren a la situación de consejeros “no adscritos”, distinta a la planteada.

CUARTA: En cualquier caso, si se entendiera de aplicación lo dispuesto en el artículo 197.1.a) de la LOREG, entendiendo previamente que la expulsión del partido político de todos los integrantes del grupo B supusiera automáticamente la desaparición del grupo, el acto de expulsión tendría que tener plenos efectos jurídicos, sin que parece que pudiera ser suficiente una mera expulsión provisional o sujeta a recurso de alzada.

QUINTA: En cuanto al requisito que debe ostentar el candidato de ser cabeza de lista del partido, no parece que pueda verse afectado por la expulsión sobre-

venida del mismo, con anterioridad a la votación de la moción, puesto que el artículo 201.7 de la LOREG, al referirse a la lista, solo puede estar aludiendo al momento en que se confeccionó la lista que concurrió al proceso electoral, y no al momento actual, en el que la lista no existe. ■

En Santa Cruz de Tenerife, a 8 de septiembre de 2011.

Informe con respecto a la aplicación del régimen de distancias establecido en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAMINP)

Patricia Ares Falcó, Reyes Escudero Villafáfila y Dolores Hernández Herrera
Servicio de Asesoramiento a Municipios de la Diputación de Valladolid

Por el Sr. alcalde del Ayuntamiento de X, se solicita de este servicio informe jurídico sobre la procedencia de respetar la distancia de 2.000 metros, respecto del núcleo urbano, para la instalación de una estación depuradora de aguas residuales que se ha proyectado para el municipio.

Los antecedentes jurídicos de esta cuestión son los siguientes:

El Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAMINP), aprobado por Decreto de 30 de noviembre de 1961, estableció que las industrias fabriles que debían ser consideradas como peligrosas o insalubres solo podían emplazarse, como regla general, a una distancia de 2.000 metros a contar desde el núcleo más próximo de población agrupada.

Posteriormente, las comunidades autónomas fueron aprobando legislación reguladora de las llamadas “actividades clasificadas”, y desplazando al RAMINP, que se convertía en norma inaplicable en el territorio de la Comunidad Autónoma que había aprobado esa normativa. Sin embargo, en esta situación surge la duda de si la regla de la distancia mínima contemplada en el artículo 4 del RAMINP, es o no aplicable en aquellos casos en que, existiendo normativa autonómica sobre la materia, esta no regula distancias mínimas, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Esta cuestión fue resuelta por los tribunales, en el sentido de considerar que la regla de la distancia establecida en el citado artículo 4 del RAMINP es una regla de mínimos, que solo podrá dejarse de aplicar si la legislación autonómica contempla unas medidas de protección en cuanto a distancias que no sean menores (STS de 1 de abril de 2004).

En el año 2007, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, deroga expresamente el RAMINP, aunque mantiene su vigencia en aquellas comunidades autónomas que no

tengan normativa aprobada sobre la materia en tanto no se dicte dicha normativa.

A pesar de esta derogación, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León entendió, en la Sentencia de 26 de enero de 2010, que, tras el dictado de la Ley 34/2007, el artículo 4 del RAMINP mantenía su aplicación supletoria, argumentando que la Comunidad Autónoma de Castilla y León hubiera podido legislar rechazando la aplicación del RAMINP y no lo había hecho. El Tribunal Superior de Justicia aplicaba para este razonamiento el principio de seguridad jurídica, al acoger, respecto de las distancias, un límite objetivo, concreto y seguro, y también el principio de precaución, de primera observancia en materia medioambiental.

La última medida legislativa relativa a esta materia viene constituida por la Ley 10/2009, de 17 de diciembre, que modifica la Disposición final octava de la Ley 11/2003, de prevención ambiental de Castilla y León, reguladora en la actualidad de las llamadas “actividades clasificadas” en el ámbito de la Comunidad Autónoma, para establecer que el RAMINP no mantendrá su vigencia en el territorio de Castilla y León, y dando a esta falta de vigencia del RAMINP carácter retroactivo para todas las actividades ubicadas en el territorio de la Comunidad de Castilla y León, sometidas a autorización o licencia ambiental.

Dado el tenor literal de la regulación incorporada en 2009 a la Ley de prevención ambiental, no puede sino concluirse que el RAMINP no resulta ya de aplicación al ámbito territorial de Castilla y León, como así ha estimado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 18 de marzo de 2010, que reconoce que “se ha eliminado un Reglamento sin que se haya adoptado resolución alguna tendente a suplir lo regulado en este Reglamento del RAMINP, y sin que se haya cumplido la obligación establecida por la misma Ley 11/2003 de su desarrollo reglamentario, que preveía su Disposición final tercera, pero ello no impide

que el legislador haya ejercido su potestad legislativa y haya dictado una Ley con el efecto de eliminar la aplicación del RAMINP”.

De acuerdo con la exposición anterior cabe responder a la cuestión planteada por el Ayuntamiento de X, en el sentido de que, actualmente, tras la modificación operada en la Ley 11/2003, de prevención ambiental, por la Ley 10/2009, de 17 de diciembre, no es aplicable en la Comunidad de Castilla y León el régimen de distancias establecido en el artículo 4 del RAMINP. ■

En Valladolid, a 16 de mayo de 2011.

27 QDL

Noticias bibliográficas



Noticias bibliográficas

Antonio Descalzo González
*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España

MARCOS VAQUER CABALLERÍA
Iustel, Madrid, 2011

Esta nueva obra del catedrático de Derecho Administrativo Marcos Vaquer Caballería, analiza de manera excelente el Derecho español en materia de vivienda. Tarea que se aborda no solamente con un estudio detallado de las instituciones configuradoras de la misma desde su misma formación entre nosotros hace más de un siglo, sino también mediante una revisión crítica de este sector del ordenamiento con el propósito de poner en claro la eficacia del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada.

A tal efecto, y como expone el propio autor, el libro examina las técnicas establecidas tanto desde la perspectiva sectorial de las políticas de vivienda como de las de suelo. En este último sentido repasa, en particular, la funcionalidad de fórmulas como las reservas de suelo, el destino residencial de los patrimonios públicos de suelo, así como las posibilidades de derecho de superficie. De otra parte, destaca igualmente el detenido tratamiento de la regulación de la vivienda protegida y su compatibilidad con el Derecho europeo de la competencia.

Protección civil y emergencias: régimen jurídico

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH (director); ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ (coordinadora)
La Ley/El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011

Conforme resulta de su mismo título esta magnífica obra colectiva, fruto de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, aborda el estudio jurídico de la protección civil, en cuanto tarea de los poderes públicos que tiene por objeto la protección de personas y de bienes en situaciones de emergencias que ponen en peligro su integridad.

El muy completo análisis efectuado por un conjunto excelente de profesores de Derecho Administrativo se divide en dos partes bien diferenciadas. De un lado, encontramos toda una serie de estudios donde se analiza el régimen general de la protección civil y la gestión de las emergencias en la legislación europea, estatal, y en la autonómica.

A su vez, en la segunda parte, se incluyen un importante grupo de trabajos de carácter sectorial sobre determinados riesgos -incendios forestales, inundaciones, sequías, sanidad, riesgos sísmicos y nucleares-, así como sobre el régimen de autoprotección corporativa, el voluntariado, la planificación en el ámbito local y, en fin, la reorganización de las emergencias marítimas.

Manual de Derecho Urbanístico

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ
La Ley/El Consultor de los Ayuntamientos,
22.ª edición, Madrid, 2011

Aunque de sobra conocida y estudiada por todos los interesados en el Derecho Urbanístico, merece la pena dar breve noticia de la aparición de la ya vigésima segunda edición de esta obra fundamental en la materia toda vez que, como dice el autor, se había demorado un tiempo para poder dar cuenta cabal de las numerosas modificaciones que se venían produciendo de manera continuada en este sector.

De esta manera, y gracias a esta nueva edición, podemos encontrar un análisis detallado de la repercusión de la importante y conocida Directiva de servicios en el régimen de licencias y autorizaciones, así como de las novedades producidas en la jurisprudencia.

Desde luego, y como en anteriores ocasiones, el libro contiene la entera explicación del Derecho Urbanístico español, tanto de su mismo origen y evolución posterior, hasta el desarrollo de todas las técnicas que lo conforman, esto es, el estatuto de la propiedad del suelo, el planeamiento, la ejecución, la edificación, así como el sistema de la llamada disciplina urbanística. ■

