

Tres cuestiones jurídicas en torno al contencioso de Treviño: competencias de las Comunidades Autónomas sobre su territorio, alcance de la autonomía local, actos administrativos discrecionales de contenido político¹

Tomás Prieto Álvarez
Profesor Titular interino de Derecho
Administrativo
Universidad de Burgos

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE REFERENCIA AL *ITER* DE LA DEMANDA DE SEGREGACIÓN/AGREGACIÓN EN EL PERÍODO CONSTITUCIONAL. III. CUESTIONES JURÍDICAS 1. La cuestión competencial entre Comunidades Autónomas. 2. El alcance de la autonomía municipal: interés y competencia local. 3. Los actos de la Diputación Provincial, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y del Gobierno de la Nación: actos administrativos discrecionales de contenido político. a) Consideración jurídica de estos actos: la polémica de los «actos políticos». b) El alcance del control judicial de los actos dictados al amparo de la discrecionalidad política. c) Treviño: la fiscalización de los actos necesarios. c.1) El informe de la Diputación Provincial y del Consejo de Gobierno autonómico. c.2) La autorización del referéndum por el Gobierno de la Nación. d) Recapitulación. IV. ALGUNOS CRITERIOS PARA UNA VALORACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de estas líneas es acometer tres cuestiones jurídicas, en buena medida de importante actualidad, para cuya investigación el contencioso territorial de Treviño es un perfecto banco de pruebas. Y es que el enclave castellano es un espacio de particular conflictividad, que, lejos de cejar, se incrementa². Las argumentaciones que deduzcamos podrán proyectar-

¹ Este trabajo tiene su origen en un grupo de investigación constituido en la Universidad de Burgos por encargo de la Junta de Castilla y León, al objeto de elaborar un estudio, multidisciplinar, sobre «Áreas periféricas de Castilla y León».

² Amén de la demanda nuclear, de segregación/agregación, penden en estos momentos, en la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, varias causas contra acuerdos de los municipios del Condado: sobre declaración de mayores vinculaciones a la provincia de Álava, y de estado de indefensión; colocación de banderas alavesas y vascas; modificación del membrete oficial del Ayuntamiento; declaración del euskera como patrimonio cultural; rotulación bilingüe en dependencias municipales, calles y señales; solicitud de elaboración de nomenclátor en euskera de las localidades; y, en fin, sobre solicitud de referéndum de cara a la segregación.

se, en particular, sobre contenciosos semejantes: como ejemplo, el Tribunal Supremo se ocupó, años atrás, de las pretensiones anexionistas vascas sobre Villaverde de Trucios (Cantabria) y hace tan sólo meses resolvió un recurso cuyo objeto era «*la articulación del municipio de Algeciras y de su entorno comarcal en la novena provincia andaluza*» —Sentencia de 17 de febrero de 2000—; esto sin perjuicio de la existencia de enclaves semejantes al treviñés dispersos por nuestra geografía.

Es el momento de hacer una advertencia que en sí encierra una situación un tanto paradójica desde el punto de vista jurídico, y que comporta, a nuestro juicio, una redacción inadecuada de los Estatutos de Autonomía aplicables: resulta obvio puntualizar que los enclaves no constituyen en nuestro ordenamiento jurídico ninguna entidad jurídica territorial. Como pone de manifiesto el *Informe* elaborado por la *Ponencia para el estudio de los enclaves territoriales*, constituida en el seno de la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado, «el criterio de la *continuidad territorial* aparece (...) como el único útil para establecer un concepto teórico (del enclave), a pesar de que indudablemente existen otras circunstancias físicas o geográficas, históricas o políticas que puedan contribuir a su definición o al establecimiento de su tipología y características»³. Muchos de los enclaves existentes constituyen, sin más, porciones de un municipio enclavados en otro, haciendo excepción al principio de continuidad de aquéllos⁴ —principio al que volveremos a referirnos—. Cuando el enclave se constituye a partir de uno o más municipios, jurídicamente hablando, el tratamiento que habría de darse al enclave es, en principio, el que corresponde a las unidades administrativas que fácticamente se integran en él: en el caso que especialmente nos ocupará, los *municipios* del Condado de Treviño y La Puebla de Arganzón (ha de advertirse que es habitual identificar el enclave unitariamente como «Condado de Treviño»⁵). En rigor, por tanto, en estos casos, la adscripción a una provincia determinada debería predicarse *de los municipios integrados en el enclave*.

Ahora bien, la legislación vigente sobre los eventuales cambios de circunscripción territorial —en lo que aquí nos interesa, los Estatutos vasco

³ Esta Ponencia fue constituida en el seno de la citada Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado en sesión celebrada el 1 de marzo de 1994. Celebró su reunión constitutiva el 20 de septiembre de 1994; el *Informe* referido fue evacuado el 19 de diciembre de 1995, y publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el 26 de diciembre. El subrayado corresponde al propio informe.

⁴ Sobre estos supuestos *vid.* F. SOSA WAGNER, y P. DE MIGUEL GARCÍA, *Creación, supresión y alteración de los términos municipales*, IEAL, Madrid, 1987, pp. 84-86.

⁵ La villa de Treviño quedó vinculada, en 1366, por el rey Enrique II, a la familia Manrique de Lara. A quien ostentaba el señorío en 1493, le fue concedido el título de «conde de Treviño».

y castellano-leonés, que constituyen al respecto la única referencia legal, ante la ausencia un tratamiento específico de la cuestión en la legislación ordinaria ⁶— contempla la segregación y consiguiente agregación de «enclaves» unitariamente considerados, aunque estos se integren por varios municipios. Es por lo que el *Informe* de la Ponencia mantiene que «asimismo, el concepto de enclave territorial, desde la perspectiva que aquí se examina, es *eminentemente jurídico* al afectar exclusivamente al hecho de la adscripción política y administrativa de un determinado espacio físico, más o menos extenso según los casos, a una Entidad pública de base territorial, ya sea el Estado, una Comunidad Autónoma, una Provincia o un Municipio». No obstante lo cual, nos parece razonable que el cambio de tal adscripción exija —cuando el enclave se compone de varios municipios— el acuerdo entre todos los municipios que lo integran. Por tanto, la voluntad municipal, en principio única con entidad jurídica y la depositaria de la autonomía local, sólo será relevante si concuerda con la del resto de municipios, y de nada servirá en caso contrario.

Es por lo que consideramos en este punto inapropiadas las redacciones del artículo 8, letra a), del Estatuto vasco y del apartado 3.º de la Disposición Transitoria Séptima de Estatuto castellano-leonés, que prevén, respectivamente, como paso inicial para la agregación —en el primer caso— o para la segregación —en el segundo— de enclaves interautonómicos, la solicitud del «Ayuntamiento o *la mayoría de los Ayuntamientos interesados...*», o del «Ayuntamiento o *Ayuntamientos interesados mediante acuerdo adoptado con el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho...*». Debe colegirse que, de haber varios municipios en el enclave, los que disientan del acuerdo mayoritario —con mayorías diversas en uno y otro caso— quedan forzosamente vinculados a la demanda de agregación o segregación. En cualquier caso, tratándose de dos municipios, pocas dudas pueden haber. Siendo el Condado el único enclave intercomunitario de carácter plurimunicipal en la geografía vasca y castellana, y resultando impensable la constitución de nuevos enclaves de estas características —y menos de tres o más municipios— parecía exigi-

⁶ La Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, en el título dedicado a la provincia, omite toda referencia a la alteración de sus límites; el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, se limita a recoger el tenor de la frase 2.ª del artículo 141.1 de la Constitución, sobre la necesidad de aprobación por Ley orgánica de la alteración de los límites provinciales.

Este silenciamiento lo califica LARRUMBE BIURRUM como una «gran laguna» que atribuye a una «intención sacralizante de la división provincial, tanto en el constituyente como en la Administración del Estado»; cfr. «Problemática jurídica de los enclaves en la Comunidad Autónoma del País Vasco: en torno a la sentencia de 11 de julio de 1986 del Tribunal Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 15, 1986, p. 142.

ble al legislador que aludiera al enclave de dos municipios. No habiéndolo hecho, en el caso de Treviño permanece la duda, a la vista de las redacciones estatutarias, de qué ocurriría en caso de desacuerdo entre las dos Corporaciones que lo componen. Y parece más que razonable, tal como apuntamos más atrás, exigir el acuerdo, en ese sentido, de ambos municipios ⁷.

II. BREVE REFERENCIA AL *ITER* DE LA DEMANDA DE SEGREGACIÓN/AGREGACIÓN EN EL PERÍODO CONSTITUCIONAL

La petición de anexión del enclave de Treviño a la provincia de Álava —y por tanto a la región vasca, hoy Comunidad Autónoma del País Vasco— ha sido reiterada tanto desde las instituciones alavesas —las primeras reivindicaciones tienen lugar en el año 1880— como desde los dos Ayuntamientos del Condado —que en 1940 y 1958, con el respaldo de la mayoría de los vecinos, instaron aquella incorporación—. Castilla siempre ha esgrimido, a favor del mantenimiento del mapa actual, nada desdeñables razones históricas ⁸. Aunque aludiremos a ellas al final del trabajo,

⁷ Ausente, sabemos, una normativa sobre alteraciones provinciales, puede servir de orientación, *mutatis mutandis*, la de alteraciones de términos municipales. Al preverse la «incorporación de uno o más municipios a otro u otros limítrofes» [art. 3.1.a) del Texto Refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por RDL 781/19986, de 18 de abril] se da por supuesta, como no puede ser de otra manera, la exigencia de acuerdo en cada uno de los municipios. Al referirse a la alteración de los términos municipales por «segregación parcial» de una parte, se prevé que aquélla puede ser promovida «por la mayoría de los vecinos residentes en la parte o partes que hayan de segregarse» (art. 11.1 del RD 1690/1986). El Consejo de Estado, interpretando esta última disposición —y la paralela y coincidente de la Ley de Régimen Local de la Región de Murcia— ha sentado que «no puede ser suficiente que baste para dar por cumplido el requisito de la mayoría, que ésta se dé en relación con el territorio total, aunque no concorra en cada una de sus partes integrantes. Tal conclusión, sin ningún matiz adicional, implicaría la posibilidad de que prosperasen proyectos de segregación contra el sentir mayoritario de vecindades, quizá significativas y localmente concentradas. No le parece al Consejo de Estado que ésta sea una posibilidad querida ni, aun siquiera, permitida por la ley» (Dictamen n.º 1839, sección 3.ª, de 13 de marzo de 1997, *Recopilación de Doctrina Legal 1997*, n.º 42).

Es evidente que los supuestos no son idénticos, pero parece que, en el caso de segregación de varios municipios —depositarios, insistimos, de la autonomía municipal— de su provincia originaria, con mayor razón es exigible el acuerdo en el seno de cada uno de ellos como condición para la segregación íntegra del enclave.

⁸ Baste aquí decir que de esta pertenencia se encuentran «fundamentos medievales en los siglos XII al XV, demasiado remotos» (E. GONZÁLEZ DIEZ, «Marco histórico del Condado de Treviño», *pro manuscrito*, en el marco de nuestro mismo proyecto de investigación). De principios del XVI se data la división en provincias de la Corona de Castilla, la cual consta con certeza desde 1529. Por tanto, cuando el Ministro Javier de Burgos lleva a cabo, por Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, la división en provincias, incluyendo a Treviño en la de Burgos, no hace sino confirmar una situación de arraigo histórico. *vid.* G. MARTÍNEZ DIEZ, *Álava Medieval*, Vitoria, 1974; L. GÓMEZ FERNÁNDEZ,

al hacer balance, es claro que no es nuestro objeto detenernos en ellas, sino investigar los elementos jurídicos del contencioso. Obviando las antiguas petitorias de anexión, nos referiremos únicamente a las producidas en el período constitucional.

En el año de 1980, aprobado ya el Estatuto de Autonomía del País Vasco, y cumpliendo los trámites previstos en su artículo 8.º para la agregación de territorios o municipios enclavados en su totalidad dentro de su perímetro territorial, los plenos de los Ayuntamientos del Condado de Treviño y La Puebla de Arganzón adoptaron, con fecha 26 de enero y 17 de octubre, sendos acuerdos en los que solicitaban la incorporación a la provincia de Álava y a la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Posteriormente, ambos municipios, en sesiones extraordinarias de los respectivos Ayuntamientos de 6 de noviembre y 6 de diciembre del mismo año, y de conformidad con lo establecido en el apartado a) del citado artículo 8.º del Estatuto vasco, acordaron dar audiencia a la Comunidad o provincia a que pertenecen. Al no existir regulación específica sobre la tramitación de esta audiencia, y considerar aplicable el artículo 91.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, entonces vigente, concedieron un plazo de 15 días al Consejo Regional de Castilla y León y a la Diputación Provincial de Burgos para que formularan las alegaciones que tuvieran por convenientes sobre la eventual anexión.

Recibidas las certificaciones de los anteriores acuerdos, el Presidente de la Diputación de Burgos, por Decretos de 24 de noviembre y 17 de diciembre de 1980, excusó proceder a la realización del trámite instado por los Ayuntamientos solicitantes por cuanto no existía regulación legal específica sobre plazo, forma y efectos de su evacuación.

El 16 y 24 de enero de 1981, las Corporaciones municipales de La Puebla de Arganzón y Treviño acordaron acumular los respectivos expedientes y elevar al Gobierno la documentación relativa al cumplimiento de los requisitos establecidos en su Estatuto de Autonomía, a fin de que autorizara la convocatoria de un referéndum en el que los habitantes del Condado votaran democráticamente sobre su anexión a la provincia de Álava y a la Comunidad Autónoma del País Vasco. Ha de recordarse aquí que, conforme al artículo 2.º de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, *sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum*, su autorización corresponde a la competencia del Gobierno. Las distintas gestiones en-

«Apostillas históricas a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la incorporación de Treviño al País Vasco», *Revista de Derecho Público*, 1986, p. 611.

tonces realizadas encaminadas a la concesión de tal autorización no surtieron efecto.

Pendiente la celebración del susodicho referéndum, se aprueba, por Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que contiene —en el apartado 3.º de su Disposición Transitoria Séptima— una regulación del procedimiento conducente a la anexión de enclaves parcialmente diferente de la prevista en el Estatuto vasco; diferencias, sin embargo, de no poco alcance. Aparte divergencias menores (el Estatuto castellano-leonés exige que la solicitud de segregación, formulada por los Ayuntamientos interesados, cuente con el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación, mientras que el Estatuto vasco exige sólo una mayoría simple), la más trascendente radica en el papel otorgado a la provincia y a la Comunidad Autónoma de cuyo territorio se escindirá el enclave: si el artículo 8.º del Estatuto de Guernica obliga únicamente a concederles audiencia, la Disposición Transitoria 7.ª del Estatuto de Castilla y León impone que ambas Administraciones emitan un «informe favorable» a la segregación. Los posteriores trámites coinciden básicamente en ambos Estatutos: el refrendo de los habitantes del enclave y la aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica —trámite éste impuesto por el artículo 141 de la Constitución⁹—. El Estatuto vasco añade a estos trámites la aprobación de la integración por su propio Parlamento.

La regulación prevista en el Estatuto castellano-leonés fue tachada de inconstitucional por las instituciones vascas. El consiguiente recurso, por aquéllas presentado, dio lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1986, de 11 de julio. De este contencioso ha escrito el profesor DíEZ-PICAZO que «se trataba, sin duda, de un caso límite que plantea problemas fascinantes» (prueba de ello es la presencia, en la sentencia, de un voto particular bien armado, difícil de desvirtuar, elaborado por el magistrado LEGUINA VILLA). Después de un riguroso análisis del núcleo de la sentencia —análisis del que, sin embargo, discrepamos en algunos de sus extremos— concluye DíEZ-PICAZO que «el fallo, a pesar de todo, debe reputarse correcto»¹⁰, juicio éste que compartimos, formulando sobre ella únicamente reservas de matiz.

⁹ Según el cual «Cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica».

¹⁰ L. M. DíEZ-PICAZO, «Sobre la delimitación estatutaria del territorio de las Comunidades Autónomas y la rigidez de los Estatutos (comentario a la Sentencia 99/1986, en el caso del Condado de Treviño)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 20, 1987, p. 176.

Gobierno y Parlamento vascos recurrieron el apartado 3.º de la Disposición Transitoria 7.ª del Estatuto castellano-leonés con la argumentación básica —amén de otras— de que estaba procediendo a una «nueva» regulación de una materia disciplinada ya de modo distinto en el Estatuto vasco. Éste, cronológicamente anterior, sólo puede ser alterado a través de la reforma del propio Estatuto, con lo que cualquier contradicción material de su contenido realizada por una norma estatal posterior pecaría de inconstitucional. Ésta es la primera y básica de las cuestiones jurídicas que plantea este contencioso, cuestiones que en adelante analizaremos.

Ha de apuntarse, por cerrar —hasta la fecha— el periplo histórico del contencioso territorial, que el Pleno del Ayuntamiento del Condado de Treviño aprobó sendos acuerdos, de 15 de enero y 5 de febrero de 1998, por los que acordaba convocar una consulta popular en el municipio sobre la segregación. Tales acuerdos, así como las actuaciones posteriores de la Entidad Local conducentes a la preparación, organización y celebración de la consulta —que tuvo de hecho lugar el 8 de marzo de 1998— fueron recurridos por la Administración General del Estado ante la Sala de Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos. El recurso (número 453/1998) fue estimado por la Sala en Sentencia 9 de julio de 1999, que procedió a la anulación de los acuerdos reseñados empleando algunas de las argumentaciones jurídicas que comentaremos ¹¹.

III. CUESTIONES JURÍDICAS

El objeto de la regulación llevado a cabo por el Estatuto castellano-leonés constituyó, ciertamente, el núcleo del recurso de inconstitucionalidad. Se apunta aquí, realmente, una cuestión jurídica sin duda trascendente, relativa a eventuales conflictos entre Comunidades Autónomas, de carácter competencial, en este caso en materia territorial. Junto a esta cuestión, acometeremos el análisis de otras dos, también de alcance jurídico, importantes a la hora de dictaminar sobre una operación como la que nos ocupa (y que, además, en estos momentos resultan de notable actualidad). Nos referimos, en primer lugar, a la alegación de respeto a la autonomía local como argumento en favor de un pretendido «derecho de escisión» (nos planteamos qué trascendencia cabe otorgar en esta materia

¹¹ La Corporación demandada basó fundamentalmente su defensa en que se trataba de «un mero sondeo de opinión», no requerido por tanto de autorización gubernativa, argumento que fue rechazado de pleno por la Sala («los acuerdos preveían algo más que un mero sondeo de opinión o al menos formalmente revestía las características propias de una consulta popular»; FJ 2.º).

a la voluntad del pleno municipal y a la opinión mayoritaria de los vecinos); en segundo lugar, analizaremos las consecuencias —la problemática jurídica— del *contenido político* de los actos emanados de las instituciones provincial y autonómica —cuando evacúan informe sobre la escisión—, y del Gobierno de la nación —al autorizar o prohibir el referéndum popular—, ambos actos de prestación necesaria.

1. La cuestión competencial entre Comunidades Autónomas

Con el reconocimiento de la competencia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (de cualquier Autonomía) para proceder a la regulación del procedimiento tendente a la segregación de territorios en ella integrados —en vistas a la posterior agregación en otra Comunidad—, zanjó el Tribunal Constitucional la alegación de las instituciones vascas de que el Estatuto castellano estaba regulando una materia que le estaba vedada, por cuanto había sido ya reglamentada en un sentido distinto por el Estatuto vasco, anterior en el tiempo ¹².

Parece claro que el procedimiento de alteración de los límites territoriales de las Comunidades Autónomas ha de poder regularse tanto en el Estatuto de la Comunidad Autónoma de origen como la de destino. Como bien alegó en sus razonamientos el Abogado del Estado «ambas regulaciones se sitúan en distintos ámbitos competenciales».

La aplicación del *principio de competencia*, que se mueve en una esfera distinta al de temporalidad ¹³ —al que indudablemente se superpone—, sirvió para desvirtuar, sobre la base de la contemplación de los intereses de la correspondiente Comunidad Autónoma, la alegación del Gobierno vasco de que «cualquier contradicción material con el contenido del Estatuto vasco por parte de otra regulación prevista en una norma estatal supone o implica un vicio de inconstitucionalidad». Vicio que pretendió sustentar en la *especial rigidez que a las normas estatutarias con-*

¹² Ya durante la tramitación parlamentaria del Estatuto castellano-leonés, el Grupo de senadores nacionalistas vascos había propuesto una redacción alternativa de Disposición Transitoria séptima, apartado 3.º (en el proyecto, apartado 4.º), adecuada al tenor de lo dispuesto en el Estatuto vasco, lo que justificaron alegando que «de aprobarse la Disposición Transitoria séptima, apartado 4.º, se hallaría en contradicción con lo establece sobre la misma materia la Ley Orgánica del Estatuto de Autonomía del País Vasco. Es preciso evitar contradicciones entre dos Leyes Orgánicas» (puede consultarse en *Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Trabajos parlamentarios*, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1998, pp. 269-270),

¹³ Ha de advertirse, no obstante, que de someterse a los dictados de este principio de temporalidad, sería aplicable, por encima del *prior in tempore potior in iure*, el *lex posterior derogat priori*, que es el que resuelve las contradicciones entre normas con una misma naturaleza y rango.

fiere el artículo 147.3 de la Constitución («La reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica»). Los Estatutos de Autonomía establecen, efectivamente, su propio procedimiento de reforma; y, ciertamente, la infracción de esta rigidez implica una violación del citado artículo 147.3. Si nos preguntamos, como hace el profesor DÍEZ-PICAZO, si las cláusulas de rigidez estatutaria operan también frente a otros Estatutos, en los casos de posible colisión normativa¹⁴, entendemos que la respuesta ha de ser afirmativa —no hay razón *ex* artículo 147.3 para mantener la postura contraria—; lo que ocurre es que en el caso que nos ocupa el objeto regulado no es propiamente coincidente, y el establecimiento de un *procedimiento de anexión* en el Estatuto de una Comunidad (primer objeto de regulación) no obsta el ejercicio de la competencia de la Comunidad de origen, si lo cree conveniente, para *proteger la integridad de su territorio*, y esto ya sea por vía de participación política en la elaboración de su respectivo Estatuto de Autonomía (estaríamos ante un segundo objeto de regulación, de su natural competencia: el *procedimiento de segregación de porciones de su territorio*), o simplemente mediante su intervención en el proceso de anexión instado por la Comunidad Autónoma *ad quem*.

El profesor DÍEZ-PICAZO recela de la aplicación del principio de competencia y pretende resolver esta «colisión» normativa por aplicación del criterio de la *lex specialis*. Por nuestra parte mantenemos que, aun en aquellos casos en que resulta aplicable este criterio, el fundamento de su aplicación es el principio de competencia, lo que se demuestra en aquellos supuestos en que no es posible recurrir a la regla de la especialidad.

Como bien había apreciado el Abogado del Estado, «la circunstancia de que en el presente caso haya sido cronológicamente anterior la regulación estatutaria de la Comunidad Autónoma de destino (la Comunidad Autónoma Vasca) no elimina ni restringe la competencia de la Comunidad Autónoma de origen, quedando a salvo la competencia del Estatuto de Castilla y León impuesta por el artículo 147.1 de la Constitución, ya que se trata de una cuestión que afecta al territorio de esta Comunidad».

Con mayor rigor jurídico puso de manifiesto el Tribunal que «la reserva estatutaria establecida en el artículo 147.2 de la Constitución supone no sólo la concreción en los correspondientes Estatutos de los contenidos previstos en el mencionado precepto, sino también el aseguramiento de

¹⁴ L. M. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 164.

que los contenidos normativos que afecten a cierta Comunidad Autónoma no queden fijados en los Estatutos de otra Comunidad (...) La predefinición del contenido de unos Estatutos por otros por virtud, meramente, de la contingencia de su momento de aprobación (...) redundaría en la constricción de la autonomía de una de las Comunidades, que vería limitado el ámbito de aplicación de sus actos y disposiciones y el modo de decisión de sus órganos no ya por una fuente heterónoma —también el propio Estatuto lo es—, sino por una fuente cuyos contenidos normativos fueron adoptados sin su participación y respecto de los cuales tampoco tendría la ocasión de expresar su voluntad en una hipotética modificación futura».

Juzgamos irreprochable esta doctrina, contenida en el fundamento jurídico 6.º de la sentencia. Y entendemos no resulta desvirtuada por lo alegado por el magistrado LEGUINA VILLA en su voto particular, algo que el propio Tribunal había apreciado en el Fundamento Jurídico 1.º: que los Estatutos de Autonomía, pese a su calificativo constitucional de «norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma», son aprobados por las Cortes Generales por ley orgánica (exigencia también constitucional), y pasan a integrarse en el llamado «bloque de constitucionalidad»¹⁵; son, por tanto, *resultado de la potestad legislativa del Estado*, aunque medie en la elaboración del proyecto la intervención de la representación política autonómica.

Se plantea qué alcance ha de otorgarse a esta aseveración, sobre la que no cabe discusión alguna.

LEGUINA VILLA colige que el legislador estatal no puede, mediante ley orgánica, contradecir lo establecido en una ley orgánica anterior, sobre el mismo objeto, ya que «se estaría vulnerando la interdicción constitucional de modificaciones *extra ordinem* (la cláusula de rigidez) de los Estatutos en vigor». Esta argumentación constituye el núcleo de su voto particular. La competencia autonómica de protección de su espacio, consecuencia de su autonomía, hace que estemos ante diferentes objetos de regulación —según explicamos— lo que sirve para rechazar aquella argumentación.

DÍEZ-PICAZO entiende que, constituyendo el Estatuto de Autonomía una ley orgánica del Estado, resulta aplicable *per se* a todo el territorio

¹⁵ Por todos, *vid.* A. RUIZ-HUERTA CARBONELL, *Constitución y legislación autonómica. Un estudio del bloque de constitucionalidad en el Estado Autonomico español*, Ibidem Ediciones, Madrid, 1995.

nacional; de lo que infiere, con relación al caso que nos ocupa, que de no haberse aprobado la Disposición Transitoria 7.^a del Estatuto castellano, el artículo 8.^o del Estatuto vasco tendría en principio virtualidad para operar la incorporación de un enclave castellano al País Vasco ¹⁶.

Por nuestra parte, compartimos esta apreciación, siempre que se deje a salvo la competencia de la Comunidad Autónoma de origen, aunque carezca de regulación propia, para que, ejercitando su competencia sobre su territorio, pueda oponerse al proceso de segregación —como veremos enseguida—. Pero lo compartimos sobre la base de otro razonamiento: llamamos la atención acerca de la particularidad que reviste el Estatuto de Autonomía dentro de las leyes orgánicas ¹⁷, que se extiende a su ámbito de aplicación. En esta línea, del calificativo constitucional de norma institucional básica de cada Comunidad concluimos que, *en principio, la regla general es la de la eficacia territorial, autonómica, de cada Estatuto*. Ahora bien, si el propio Tribunal Constitucional reconoce, refiriéndose a las «normas y actos» autonómicos, que la limitación territorial de su eficacia «no puede significar, en modo alguno, que le esté vedado por ello a los órganos de la Comunidad Autónoma, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional» (Sentencia 37/1981, FJ 1.^o), con mayor razón puede admitirse una eficacia extracomunitaria excepcional de un Estatuto de Autonomía. De esta manera, nadie alegó tacha de inconstitucional contra el artículo 8.^o del Estatuto vasco.

Siendo esto cierto, no es obstáculo —y es el núcleo de nuestra argumentación— para que la Comunidad Autónoma de origen, como derivación del principio constitucional de autonomía,

— pueda instar, en el momento de elaboración del proyecto del respectivo Estatuto, el establecimiento de unos requisitos procedimentales distintos para la segregación de sus territorios —así lo hizo la Comunidad Autónoma de Castilla y León—. Ha de advertirse que, obviando aquí el debate doctrinal sobre el carácter del Estatuto como ley estatal, ley autonómica, ambas cosas, o ley paccionada, nos parece indiscutible su consideración como *expresión o emanación del «derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones»* (art. 2 CE), por más que requiera la apro-

¹⁶ L. M. DÍEZ-PICAZO, *ibid.*, p. 158.

¹⁷ Sin poder negar la cualidad de ley orgánica del Estatuto, bien puede hablarse de éste como «especialidad de la ley orgánica», como hace AGUADO RENEDO, en *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 209.

bación por el Parlamento mediante ley orgánica ¹⁸. En lo que ahora nos interesa, y como ya se dejó apuntado, el objeto de regulación no es coincidente —aquí únicamente las condiciones de segregación de sus concretos territorios—, con lo que no se quebranta la rigidez estatutaria del Estatuto precedente, que permanece plenamente vigente para operar, conforme a sus trámites, otras incorporaciones. El Estatuto castellano se aplica, en lo que a la segregación se refiere, como *lex specialis*, consecuencia de la competencia insoslayable de la Comunidad de origen sobre su territorio.

— O puede también la Comunidad de origen, aun en el supuesto de que no exista una previsión estatutaria propia, intervenir en la operación de segregación de sus territorios instada por otra Autonomía, incluso obstaculizando ésta si lo cree conveniente, como resultado de aquella competencia autonómica ineludible sobre alteración de su espacio territorial. De este supuesto se ocupó el Tribunal Supremo al enjuiciar la pretensión de anexión por la provincia de Vizcaya del enclave cántabro de Villaverde de Trucios. En Sentencia de 22 de enero de 1993 ¹⁹ precisó que el hecho de que el Estatuto de Autonomía de Cantabria no hubiera previsto ningún procedimiento para la segregación de sus enclaves no significaba que pudiera ser obviada la voluntad de la Comunidad cántabra —sería suficiente con su mera audiencia, no vinculante—, como pretendía la representación de las instituciones vascas. Antes al contrario, en la medida en que *«el territorio es un elemento esencial y su modificación incide en la conexión entre la realidad ordinamental y la fáctica (...), no puede alterarse el territorio sin modificación del ordenamiento estatutario específico, y menos aún contra la voluntad o sin la voluntad de un ente como la Comunidad Autónoma afectada, dotada de autonomía política»*. Esta doctrina fue reiterada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de febrero de 1997 ²⁰, sobre el mismo contencioso (la Sentencia de 1993 se dictó con ocasión del recurso interpuesto por la Diputación de Vizcaya, ésta del promovido por el Ayuntamiento de Villaverde de Trucios).

Estos pronunciamientos nos reafirman en lo manifestado más arriba: en el caso de Villaverde de Trucios no existía ninguna *lex specialis* y, sin

¹⁸ Sirva como prueba de esta afirmación el hecho de que en los Estatutos aprobados al amparo del artículo 151.2, los plenos de ambas Cámaras decidirán sobre el texto «mediante un voto de ratificación».

¹⁹ Dictada por la Sala 3.ª, Sección 4.ª, en recurso n.º 4911/1992; ponente M. Baena del Alcázar; Ar. 457. La citaremos reiteradas veces.

²⁰ De la misma Sala pero distinta sección (la 3.ª); recurso n.º 283/1993; ponente S. Menéndez Pérez; Ar. 1519.

embargo, en aplicación del principio de competencia, juzgó el Alto Tribunal insoslayable la voluntad de la Comunidad *a quo*.

Todo lo dicho nos obliga a una lectura parcialmente crítica del fallo del Tribunal Constitucional: manifestó que «el Estatuto de una Comunidad *no puede regular de un modo «completo y acabado» la segregación y correspondiente agregación de los enclaves ubicados en su territorio cuando éstos pertenecen al de otra Comunidad Autónoma*. La regulación estatutaria no puede contener el procedimiento de modificación territorial que deberán seguir las dos Comunidades implicadas, sino tan sólo el proceso de formación y manifestación de la voluntad de cada una de ellas para perfeccionar —mediante actos distintos pero complementarios— el complejo procedimiento en que consiste la segregación de un enclave y su agregación a otra Comunidad». Según hemos demostrado, el Estatuto de una Comunidad *sí puede* regular la segregación de un enclave perteneciente a otra Comunidad como paso previo a su agregación —de hecho, así lo hizo el Estatuto vasco y no fue tachado de inconstitucional—; lo que ocurre es que, ciertamente, no puede pretender que se trate de una regulación, en todo caso, *completa y acabada* —en el sentido de excluyente—, ya que permanece a salvo la competencia de la Comunidad Autónoma afectada para regular el *proceso de segregación de sus enclaves de un modo diverso* (o, sin más, interferir u obstar de hecho aquel proceso). Por lo mismo, es cierto que una regulación estatutaria no puede contener el procedimiento de modificación territorial que *deberán seguir* las dos Comunidades implicadas, pero no es cierto que *tan sólo* pueda recoger el proceso de formación y manifestación de la voluntad de cada una de ellas. Resultan matices que en modo alguno desvirtúan el acierto del fallo.

En definitiva, a la vista de la sentencia analizada, la regulación del Estatuto castellano-leonés es perfectamente constitucional, con lo que el recurso fue correctamente rechazado.

2. El alcance de la autonomía municipal: interés y competencia local

Un punto importante en este análisis jurídico es determinar si el *principio de autonomía local*, que encuentra respaldo constitucional en el artículo 137 de la Norma Suprema ²¹, otorga cobertura jurídica a la deman-

²¹ Reza este artículo: «El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.»

da de cambio de circunscripción provincial y autonómica instada por las instituciones municipales treviñesas. De esta manera, han pretendido las instituciones vascas —el Gobierno vasco en su escrito de recurso de inconstitucionalidad— otorgar un alcance categórico e incondicional al «derecho que asiste a los ciudadanos de Treviño a manifestar su voluntad de acuerdo con la Ley que crea dicho derecho (...)», de modo que reprobaba que tal derecho se vea afectado «con la exigencia de una serie de trámites —entre ellos el informe favorable— que pueden impedir el ejercicio del mismo»²². En definitiva, late aquí, como derivación de aquella autonomía municipal, un pretendido «derecho a la autodeterminación»²³ de los vecinos con relación a su adscripción territorial.

Ha de advertirse que no existe un acuerdo doctrinal unánime sobre el alcance que ha de otorgarse al principio de autonomía local, sobre el que asistimos a un importante debate²⁴, tanto en la doctrina española como extranjera. No obstante lo cual, bien puede afirmarse —así lo determinó el legislador en la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL)— que supone la autonomía local un derecho que asiste a las corporaciones locales para que éstas *intervengan* en cuantos asuntos afecten directamente a su círculo de intereses²⁵.

Ahora bien, si precisar cuál es ese «círculo de intereses» de una entidad local no tiene por qué resultar excesivamente complejo, sí puede serlo con-

²² Cfr. punto 4, letra d) de los «antecedentes» de la Sentencia del TC.

²³ Expresión que emplea también, para calificar estas pretensiones, el profesor J. M. BILBAO UBILLOS, en «Disposiciones generales del Estatuto y elementos constitutivos de la Comunidad», en *Derecho Público de Castilla y León*, coord. Javier GARCÍA ROCA, Universidad de Valladolid, 1999, p. 49.

Reflejo de lo extendido de que esta idea es la siguiente aseveración que puede leerse en el acta de la sesión del Pleno del Ayuntamiento de Treviño de fecha 15 de enero de 1998: «consideramos que todas las personas que habitamos en el enclave y claro está, en nuestro municipio, deberemos decidir en su día si queremos seguir dependiendo administrativamente de Burgos o hacerlo de Álava...». En este pleno se acordó realizar una consulta popular sobre el deseo de los treviñeses a ser consultados por referéndum.

Sobre el verdadero significado del conocido —y reconocido internacionalmente— como «derecho de autodeterminación de los pueblos» vid. J. RUPÉREZ, *Constitución y autodeterminación*, Tecnos, Madrid, 1995.

²⁴ Obsérvese el título de un reciente trabajo del profesor J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR: «El debate sobre la autonomía municipal», *Revista de Administración Pública*, n.º 147, 1998, p. 59.

²⁵ Dice el artículo 2.1 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local: «para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas (...) deberán asegurar a los municipios, las provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses...».

cretar qué interés es el prevalente cuando son varias las Administraciones afectadas en un determinado asunto, tarea de concreción importante en cuanto servirá de parámetro de la autonomía. Tempranamente puso de manifiesto el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 4/1981, que «de acuerdo pues con la Constitución, la autonomía que garantiza para cada Entidad lo es en función del criterio del respectivo interés: interés del municipio, de la provincia, de la Comunidad Autónoma (y del Estado, habría de añadirse). Ahora bien —lo que resulta de particular interés con relación a la cuestión que nos ocupa—, concretar ese interés con relación a cada materia no es fácil y, en ocasiones, sólo puede llegarse a *distribuir la competencia* sobre la misma en función del *interés predominante*, pero sin que ello signifique un interés exclusivo que justifique una competencia exclusiva en el orden decisorio». Como el propio Tribunal Constitucional precisó en otra sentencia del mismo año 1981, la autonomía local supone, ciertamente, el derecho a participar en «cuantos asuntos le atañen», pero «graduándose la intensidad de esta participación en función de la *relación entre intereses locales y supralocales* dentro de tales asuntos o materias» (STC 32/1981, FJ 4.º, reiterada recientemente en STC 40/1998, FJ 39).

¿Y como se precisan esos intereses? Una jurisprudencia constitucional posterior, que arranca de la Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre ²⁶, advierte que «el ámbito concreto del interés es ya un dato definido por la Ley misma como repertorio concreto de competencias». De tal modo que «más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional» (STC 170/1989 y STC 40/1998). En conclusión, *corresponde al legislador la determinación concreta del contenido de la autonomía local*, respetando el núcleo esencial de la garantía institucional de dicha autonomía (también, F. J. 39 de la STC 40/1998).

Pues bien, no da la impresión de que el legislador, al aprobar el Estatuto castellano-leonés, haya violentado el núcleo esencial de la garantía institucional de la autonomía local. Y ello porque entendemos existe aquí *un interés supralocal insoslayable (provincial* —evidente, al implicar una alteración de sus fronteras—, *autonómico* —ocurre lo mismo ²⁷—, e in-

²⁶ J. TORNOS MAS ve en esta sentencia, no ya una precisión o aclaración de la jurisprudencia anterior, sino incluso una rectificación, visión que nos parece exagerada. (vid. *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, coord. E. AJA, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 81-82.

²⁷ Amén de que, en este caso, se ventila una detracción de parte de su territorio —interés de notable trascendencia—, téngase también en cuenta, con palabras del Estatuto castellano-leonés, que la

cluso nacional o suprarregional ²⁸), *predominante en este caso al meramente local* (sin negar éste: al municipio se reconoce la competencia de «solicitud de segregación»), constituido, fundamentalmente, por el interés de aquellas entidades en el mantenimiento de sus límites territoriales.

A nuestro juicio, es desde este prisma desde el que han de ser contempladas las demandas que, fundamentadas en este principio de autonomía municipal, pretenden hacer exigible aquella suerte de *derecho de autodeterminación*. En este sentido, entienden algunos —y de hecho lo esgrimen como argumento en favor del cambio de adscripción territorial— que el derecho a la autonomía de los municipios que constituyen el enclave de Treviño conlleva la posibilidad de *exigir* —más allá de un mero derecho de solicitud o de participación— aquel cambio, en cuanto aspecto integrante de su propio interés local. Juzgamos, por el contrario, jurídicamente irreprochable que en los Estatutos se haya reconocido a los municipios afectados un interés y una competencia limitados con relación a su adscripción provincial y autonómica, en la medida en que no puede ésta ser considerada como un asunto de la «competencia municipal o de carácter local», por emplear una expresión del legislador ordinario, a la que luego aludiremos.

La misma consecuencia podemos extraer de la contemplación de supuestos similares: «afectan directamente al círculo de intereses» de entes locales, de modo que «deberá asegurarse» «su derecho a intervenir» (art. 2 LRBL), asuntos como la circulación viaria en la urbe ²⁹, la instalación en el territorio municipal de centrales nucleares ³⁰ o centros peni-

provincia «es el ámbito territorial ordinario para el cumplimiento de las actividades de la Comunidad...» (art. 25.2).

²⁸ La existencia de este interés general suprarregional es puesta de relieve por DIEZ-PICAZO, que sitúa este interés —y justifica así la reserva de ley orgánica para la modificación de los límites provinciales, ex artículo 141 CE, ya referido— en el hecho de que la provincia no es constitucionalmente sólo una corporación local, sino la división territorial básica de los servicios periféricos del Estado y, sobre todo, la circunscripción electoral general (*vid. op. cit.*, p. 143); igualmente L. MORELL OCAÑA, *La Administración local*, Madrid, 1984, p. 79. En el mismo sentido aclaran SOSA WAGNER y DE MIGUEL GARCÍA que estos intereses generales son los únicos que han recibido protección inmediata en el texto constitucional al exigirse que la aprobación de esta alteración deba hacerse por ley orgánica; cfr. *Creación, supresión...*, cit., p. 96.

²⁹ Lo que no quiere decir que todas las competencias sobre ella sean municipales; algunas lo son, pero no todas.

³⁰ De este supuesto se ocupó la STS de 3 de febrero de 1988 (ponente Mariano de Oro-Pulido y López, Ar. 688), de tal manera que la oposición municipal a la instalación de la central nuclear «no puede encontrar amparo en el principio de autonomía municipal», pues carece el ente local de competencias en la materia (FJ 1.º). Es el dato decisivo, sin perjuicio de que quede afectado el círculo de intereses locales, lo que no puede negarse. J. BARATA I MIR critica el contenido de la sentencia por

tenciarios ³¹ (etc.); pero la intensidad de su intervención, la atribución de competencias (y por ende, el interés que se le reconoce en la materia —«no es el interés quien determina la competencia, sino la competencia quien indica el ámbito de interés respectivo», dirá TORNOS ³²—) variará en función de las características de aquélla, del nivel de los intereses supralocales en juego.

Nos interesan ahora, especialmente, dos plasmaciones legales, de la LRBRL, sobre la competencia y el interés local, ambas referidas directamente a la cuestión territorial:

El artículo 13.1 se refiere a la creación y supresión de municipios y a la alteración de los términos municipales. Acorde con el artículo 148.1.2.^a de la Constitución y los distintos Estatutos, remite su regulación a la competencia autonómica. Entre las exigencias, mínimas, que recoge —y que vincularán al legislador autonómico—, reflejo del interés local presente, está la de «*audiencia de los municipios interesados*» —sin atribuirle, por tanto, un derecho decisorio sobre tales operaciones.

Nos interesa más, por haber sido invocado en algún momento, erróneamente, en el contencioso treviñés (y también alegado en conflictos semejantes —Villaverde de Trucios, Algeciras—), el artículo 71 de la misma Ley de Bases, en cuya virtud: «De conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular *aquellos asuntos de la competencia municipal y de carácter local* que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local.»

La lectura de este artículo revela un «designio del legislador ³³ ciertamente restrictivo respecto de esta fórmula de participación popular en el

entender que se niega esta inclusión (*vid. Los actos de gobierno en el ámbito municipal*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 84).

³¹ *Vid.* STS 6 de octubre de 1998 (Sala 3.^a, Sección 5.^a, ponente José Manuel Sanz Bayón, Ar. 7984) que proclama la «prevalencia de los intereses supralocales —nacionales en este caso— sobre los estrictamente locales cuando existe contraposición entre ellos» (FJ 2.^o), y STS de 6 de marzo de 2000, de la misma Sala y Sección, ponente Jorge Rodríguez-Zapata, que concluye sobre el particular que «no se produce así lesión de la autonomía local por la decisión de la Administración Central del Estado de establecer un centro penitenciario» (FJ 5.^o).

³² *Op. cit.*, p. 82.

³³ Téngase en cuenta que la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local se integra en el bloque de la constitucionalidad en materia local. Expresamente, STS de 6 de marzo de 2000, *cit.*

procedimiento de adopción de decisiones municipales, inspirado en el sistema de representatividad electiva»³⁴. Y es que *sólo son admisibles consultas populares en los municipios en asuntos que, además de revestir especial trascendencia para los intereses de los vecinos, sean de la competencia propia municipal y de carácter local*³⁵, *salvo* (he aquí el error interpretativo en que se ha incurrido, y que luego comentaremos) *que una ley —como lex specialis: ocurre con los Estatutos del País Vasco y Castilla y León en materia de segregación/agregación de enclaves— los admita expresamente para asuntos distintos.*

De acuerdo con el Tribunal Supremo, en sentencia sobre el conflicto de Villaverde de Trucios, idéntico a estos efectos al de Treviño, entiendo que no estamos en estos casos «ante una de las consultas populares previstas en el artículo 71 de la Ley Básica de Régimen Local por no tratarse estrictamente de un tema de competencia municipal y de carácter local»³⁶, sino ante un *referéndum específico, de previsión legal especial*. En tal caso deviene aplicable, además de lo previsto en los Estatutos de Autonomía, la normativa general sobre «regulación de distintas modalidades de referéndum» (Ley Orgánica 2/1980) —que precisamente había excluido de su alcance, en su Disposición Adicional, «las consultas populares que puedan celebrarse por los Ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de Régimen Local y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización».

Es claro, por tanto, que los *refrenda* estatutariamente previstos no constituyen una consulta popular municipal del artículo 71 LRBRL, sino, insistimos, una consulta específica, sometida, en su régimen autorizadorio, a la Ley Orgánica 2/1980. Ésta, en el artículo 2.2, atribuye la competencia de autorización al Gobierno, cuyo acuerdo de autorización o denegación habrá de considerarse, en el fondo, y como regla general —amén de que en algunos casos incidan aspectos reglados—, una *cuestión de orden estrictamente político* —de ello nos ocuparemos más adelante.

³⁴ Cfr. FJ 5.º de la STS de 17 de febrero de 2000, Sala 3.ª, Sección 3.ª, ponente Manuel Campos Sánchez-Bayona, Ar. 77; relativa al contencioso citado sobre la constitución del municipio de Algeciras y su entorno comarcal en una nueva provincia.

³⁵ Coincido aquí con BARATA I MIR (*op. cit.*, p. 185) en la confusión y práctica identificación entre el requisito de la competencia propia y del carácter local. No se adivina otro motivo para considerar un asunto de carácter local que su atribución como competencia propia, tal como las define el artículo 7 LRBRL.

³⁶ FJ 1.º de la Sentencia 22 de enero de 1993.

Queremos concluir aquí que el Gobierno de la Nación no obró correctamente al invocar el artículo 71 LRBRL para, sobre la base del mismo, desautorizar la celebración de referéndum empleando el argumento *jurídico* de la ausencia del «carácter local» del asunto ³⁷: con la índole supralocal de la cuestión ya contaba el legislador cuando aprobó los Estatutos autonómicos, y previó, no obstante, un referéndum específico. Debió, por tanto, el Gobierno no atender al artículo 71, reconocer el fondo *político* del asunto y como tal resolverlo —con la máxima discrecionalidad que le otorga tal carácter político.

Supuesto distinto es el más reciente de la solicitud de autorización para la convocatoria de una consulta popular en Algeciras, de cara a la constitución de una novena provincia andaluza. Ausente una previsión legal *specialis* de referéndum específico, era competencia del Gobierno rechazar de plano la autorización requerida, fundándose —como cuestión netamente jurídica— en la falta del carácter local del asunto. Así lo hizo el Consejo de Ministros, correctamente, por Acuerdo de 24 de julio de 1998, y lo refrendó el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de febrero de 2000, ya citada.

Terminamos nuestro *excursus* sobre la autonomía local con una cita del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 22 de enero de 1993, que refleja lo poco pacífica que resulta la cuestión analizada: ante una «*supuesta obligación del Gobierno de atenerse a lo dispuesto en el artículo 8.º del Estatuto del País Vasco y autorizar el referéndum*», como parecía mantener la parte actora, sentenció la Sala que «*ello no se sustenta sino en una invocación de la autonomía municipal y en una cita de la doctrina científica que, aunque respetable, no forma parte del ordenamiento jurídico*» (FJ 6.º). Más adelante volveremos sobre el contenido de esta sentencia.

³⁷ Cuando en 1981 se instó al Gobierno desde las Corporaciones locales treviñesas a que autorizara la convocatoria de referéndum, aquél guardó silencio. Ante la nueva solicitud elevada en 1998, el Gobierno denegó la solicitud «adoptando criterios estrictamente jurídicos», por incumplirse, sostuvo, las condiciones del artículo 71 LRBRL (según declaración del Ministro ante la Comisión de Régimen de Administraciones Públicas del Congreso, de 11 de marzo, reiteradas por el Secretario de Estado para las Administraciones Territoriales ante la Comisión Constitucional del Senado, el 18 de mayo).

3. Los actos de la Diputación Provincial, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y del Gobierno de la Nación: *actos administrativos discrecionales de contenido político*

a) *Consideración jurídica de estos actos: la polémica de los «actos políticos»*

Se expuso en su momento que uno de los requisitos formales exigidos por el Estatuto castellano-leonés para proceder a la segregación de sus enclaves era el *informe favorable* evacuado tanto por la Diputación en cuyo territorio se integra el enclave, como del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma. Otra intervención de una Administración, también imprescindible en el procedimiento, es —acabamos de verlo— la del Gobierno de la Nación, que habrá de autorizar el referéndum entre los habitantes del enclave.

Agrupamos las tres intervenciones necesarias pues creemos merecen la misma consideración jurídica: auténticos actos administrativos, investidos de una amplia discrecionalidad (se trata de actos distintos, pero se detectan en ellos, con distinta intensidad, elementos de discrecionalidad política —la más amplia concebible— y técnica).

Laten aquí importantes cuestiones jurídicas, y que sólo someramente atenderemos:

En primer término, no hay lugar para un tratamiento separado, a los efectos que ahora nos interesan —la posibilidad y extensión de su fiscalización judicial—, de los actos que emanan del Gobierno de la Nación, del Gobierno autonómico, o del que dirige los destinos de una Entidad Local: la consideración del porte *político* de la autonomía constitucional de municipios y *provincias* permite puedan emanar del órgano de gobierno de una Corporación Local —la Diputación— actos de *contenido político*, manifestación de su hoy indubitada actuación propiamente política³⁸. En

³⁸ «Pues —dice SÁNCHEZ MORÓN— la autonomía local no es meramente autonomía administrativa, sino vehículo y forma de participación política, instancia de distribución vertical del poder, instrumento básico de democracia» (*La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Civitas-UCM, Madrid, 1990, p. 207). Esta dimensión política de la autonomía local es hoy reconocida pacíficamente (de fecha reciente, por todos, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *op. cit.*, p. 63-64). De ahí se deriva la «capacidad para desarrollar una determinada acción de gobierno para gestionar políticamente los intereses municipales respectivos» (*vid.* J. GARCÍA FERNÁNDEZ, «Autonomía municipal y acción de gobierno», en *Informe sobre el Gobierno local*, MAP-Fundació Carles Pi i Sunyer, Madrid, 1992, p. 352). Capacidad que vemos que se refiere por este autor únicamente al poder municipal, pero que bien puede predicarse del provincial (sin perjuicio de que, como apunta GARCÍA DE ENTERRÍA, la provincia, al desempeñar como función esencial la asistencia y complemento a la Administración municipal, «haya sufrido una notable desvalorización política como

coherencia con ello, no deberían hoy ser admisibles alusiones a los actos administrativos emanados de una u otra Administración refiriendo supuestas diferencias entre los posibles contenidos de unos y otros, como si el *contenido* político fuera posible en unos (Estado y Comunidades Autónomas) y no en otros (Diputaciones y Ayuntamientos). No hay razón para que la modulación de la intensidad del control judicial de un acto por mor de la dimensión política que aquél pueda revestir —nunca la exclusión de tal control— no haya de predicarse también de los que emanen de una Diputación Provincial ³⁹.

En segundo lugar, adviértase que hemos resaltado la alusión al *contenido* de estos actos para remarcar que entendemos que su única especialidad es precisamente su contenido material —de carácter básicamente político, en su fondo—. Amén de esta adjetivación, consideramos estos actos —tal como adelantamos, y como ya propuso parte de la doctrina tiempo atrás ⁴⁰— auténticos actos administrativos discrecionales. Estamos con ello negando la pervivencia de la «vieja categoría de los actos políticos» (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ ⁴¹), que el artículo 2 b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956 declaraba inenjuicia-

instancia local sustantiva tras la Constitución y los Estatutos de Autonomía que la complementaron»; *vid.* «La provincia en la Constitución», en *La provincia en el sistema constitucional*, Civitas-Diputació de Barcelona, Madrid, 1991, p. 15. Esto no es obstáculo para que emanen de ella algunos actos de dimensión política, cuando así se prevea específicamente, como es el caso).

³⁹ En esta línea, J. JORDANO FRAGA («Jaque mate al acto político», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 95, 1997, pp. 419-420) criticaba lo contradictorio que resultaba que el extinto proyecto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1995 contemplara el privilegio de inatacabilidad de los «actos políticos» (privilegio que él repudia —y quien suscribe—, desde el momento en que negamos la existencia de la categoría misma), pero reservándolo a las «Grandes administraciones». La misma crítica cabe hacer de la redacción final del artículo 2.a) de la Ley de la Jurisdicción, del que más tarde nos ocuparemos.

Desde el prisma de valedor de la categoría de actos políticos, EMBID IRUJO la hace extensible a los entes locales, a la vista «la construcción de un ámbito de gobierno local», aunque las posibilidades de producción —es evidente— «son más escasas» («La justiciabilidad de los actos de gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, p. 2735. Del mismo autor, *vid.* «La actividad de gobierno de las Entidades locales y su control jurisdiccional. Nuevas reflexiones sobre el control de la actividad de gobierno de los poderes públicos», en esta Revista, n.º 258, 1993, p. 251.

⁴⁰ Por todos, A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 211 y ss. y los autores allí citados.

⁴¹ Expresión que emplea en «Gobierno y Administración del Estado en la Constitución y en su nueva regulación legal: una cuestión clave para el Estado de Derecho», *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica. XIX Jornadas de Estudio*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1998, p. 332.

bles (el Gobierno actuaba como órgano político —se argumentaba—, y no como órgano de la Administración, de tal manera que no estaba ejerciendo potestades administrativas). Si bien es cierto que la doctrina y la jurisprudencia venían interpretando aquella disposición a la luz del artículo 106.1 de la Constitución, y mayoritariamente la habían considerado derogada ⁴².

Se trata de uno de los temas más candentes de la ciencia administrativa del momento, continuación o corolario, en buena medida, de la polémica que arrancó unos años más atrás sobre las posibilidades de control de la discrecionalidad administrativa —lo que Tomás Ramón FERNÁNDEZ calificó como «el tema central del Derecho Público» en el momento presente ⁴³—. La tramitación y posterior aprobación de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de la Ley del Gobierno y de la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, trasladaron el debate doctrinal a la admisibilidad de los «actos políticos». De una y otra porfía dan fe las ya cinco ediciones, desde 1995, del libro del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración* (la 5.ª edición vino motivada, en gran medida, por los elementos de juicio que estas leyes aportaban sobre los supuestos *actos de dirección política*), al que acompañan todo un rosario de trabajos recientes, en sentidos diversos.

Pues bien, aunque no sea compartida por todos esta valoración, entendemos decaída la categoría de los «actos políticos», a la que otorgamos

⁴² Sobre la vacilación jurisprudencial —y por ende doctrinal— sobre la vigencia, después de la Constitución, del artículo 2.b) de la Ley de la jurisdicción, *vid.* N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 533.

⁴³ En *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994, p. 17. (Agrupa aquí cuatro artículos publicados con anterioridad, que omitimos detallar).

Se originó entonces un enfrentamiento entre los profesores FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ por una parte, y PAREJO ALFONSO (baste citar su libro *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993) y SÁNCHEZ MORÓN (en un primer momento en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994) por otra, en la que ha terciado, desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, el profesor ATIENZA («Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 85, 1995, p. 5), amén del trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA *Democracia, jueces y control de la Administración*, posterior a éstos, y que da cuenta de la génesis del debate y, en el prólogo a su última edición, de su remisión por «cansancio» de los contendientes. Las citas podrían multiplicarse. Merecen ser destacados los libros de M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, y el de M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ahora la calificación que precisamente le negaba la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción de 1956: «*los actos políticos no constituyen —decía— una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales*» (apartado II, punto 4). Así, consideramos a los «actos políticos» como *actos administrativos discrecionales, caracterizados por un grado máximo de discrecionalidad*, y, por tanto, sin duda fiscalizables, en los términos que más tarde examinaremos.

Es sabido que subyace en la toma de postura sobre el sometimiento de estos actos —o su exclusión— al régimen común jurídico-administrativo la que se adopte con relación a la diferenciación entre Gobierno y Administración —como realidades institucionales—, que comporta, a su vez, una distinción entre gobierno y administración —entendidos como tarea—, y que desemboca en una dualidad acto político-acto jurídico. De acuerdo con el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, no cabe entender como organismos totalmente distintos y separados el Gobierno y la Administración General del Estado ⁴⁴; su distinción, evidente, es relativa: la que tiene lugar entre la parte y el todo, y es la que apunta el artículo 97 de la Constitución cuando dice que el Gobierno dirige la política y la Administración. Entre éstas, consideradas como tareas, la distinción será también relativa: el gobierno —en cuanto *política*— será aquella parte de la *administración* que se caracteriza por su papel superior o directivo ⁴⁵, lo que no lo hace inmune al Derecho administrativo. No hay razón, en fin, para admitir un comportamiento de un poder público vinculado al Derecho y otro ajeno a él. Bien advierte GARRIDO CUENCA que «lo político» no puede ser concebido como una «realidad ajena y por encima del Derecho» ⁴⁶, o como dirá MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «nadie puede pensar en hacer política, cualquiera que sea la significación que demos a esta expresión, fuera o al margen del Derecho» ⁴⁷. Otra cosa, admitida pacíficamente, es que con la discrecionalidad se conceda por el mismo Derecho, a las Administraciones públicas, la oportunidad de optar entre indiferentes jurídicos, a la hora de apreciar lo que es de interés público. Entendemos que

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 331.

⁴⁵ J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Actos de gobierno y Administración Local», *pro manuscrito*; es la contribución del autor —a quien manifiesto mi agradecimiento por cederme copia del original— al homenaje al profesor BOQUERA OLIVER, de próxima aparición.

⁴⁶ *El acto de gobierno*, cit., p. 538.

⁴⁷ «Actos de gobierno...», cit., p. 20.

la que se concede al Gobierno al ejercer esa tarea de dirección política es la máxima de las discrecionalidades ⁴⁸.

Ya adelantamos que no se trata de una postura unánime. Incluso el Tribunal Constitucional tiene declarado, en sentencia del año 1990, que en ocasiones el Gobierno actúa «como órgano político y no como órgano de la Administración»; en tales casos, «no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse como administrativa» (STC 196/1990, de 29 de noviembre, FJ 5.º ⁴⁹). Con esta perspectiva, se defiende por algunos, aún hoy, la pervivencia de estos «actos políticos» y su diferencia entitativa con la actividad discrecional de la Administración ⁵⁰.

Con respeto hacia las posturas discrepantes, creemos puede hablarse en estos momentos, parafraseando a GARCÍA DE ENTERRÍA, de «la definitiva erradicación de los actos políticos o de Gobierno de nuestro Derecho» ⁵¹. Parecen suficientemente claras, en este sentido, las posturas doctrinales (aunque en modo alguno unánimes; haremos las oportunas remisiones en uno u otro sentido, advirtiendo que excede de los propósitos de este trabajo el agotarlas), así como los pronunciamientos jurisprudenciales (aunque vacilantes, tiempo ha que nuestro TS viene hablando de un «nuevo planteamiento de la doctrina del acto político», y avanzando en el buen camino ⁵²), y, sobre todo, las recientes regulaciones legales (Ley 50/1997, del Gobierno y Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Jurisprudencialmente, aquel «nuevo planteamiento» es inaugurado por la STS de 22 de enero de 1993 ⁵³: sienta que «no puede admitirse en

⁴⁸ Recientemente, en la misma línea de equiparación entre actos discrecionales y actos políticos, vid. B. LOZANO, «El control judicial de los secretos de Estado: las Sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 94, 1997, p. 272.

⁴⁹ Es ponente de esta sentencia el profesor LEGUINA VILLA, firme defensor de la postura que coloca a los «actos políticos» fuera de la órbita del Derecho administrativo.

⁵⁰ V. gr. L. MARTÍN REBOLLO, en su comentario al artículo 2.a) de la Ley 29/1998, *Leyes Administrativas*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 1152.

⁵¹ Es el título del prólogo a la 5.ª edición de su libro *Democracia, jueces y control de la Administración*, que también publicó en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 106, 2000, p. 231.

⁵² Para un recorrido por la jurisprudencia vid. los trabajos de GARRIDO CUENCA, JORDANO FRAGA, EMBID IRUJO («La justiciabilidad...», cit.), y A. SÁIZ ARNÁIZ, «Los actos políticos del gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, n.º 134, 1994, p. 225.

⁵³ La importancia de esta sentencia, el cambio de rumbo que supone, lo destacan P. GONZÁLEZ SALINAS, «Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno», *Re-*

*nuestro Derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y en consecuencia exentos al control jurisdiccional (...) Ello implica que la doctrina del acto político no pueda ser invocada como fundamento de la inadmisibilidad (de un recurso judicial), ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable» (FJ 3.º). Es decir, por palmario que sea el contenido político del acto, corresponderá siempre al juez investigar, y fiscalizar en su caso, la presencia de los que la Sentencia de 28 de junio de 1994 llamaría más tarde *conceptos judicialmente asequibles* ⁵⁴. Con este nuevo planteamiento, rechazada la inmunidad judicial intrínseca de estos actos, la misma existencia del acto político como categoría distinta pierde su sentido.*

En el plano legislativo, corrobora esta conclusión la Exposición de Motivos de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: *«La Ley parte del principio del sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad —llámense actos políticos o de Gobierno o de dirección política— excluida per se del control jurisdiccional (...) En realidad, el propio concepto de “acto político” se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito regido sólo por el Derecho constitucional y exento del control de la Jurisdicción contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resulta inadmisibile en un Estado de Derecho.»*

No obstante la claridad de las líneas transcritas, la posterior redacción del artículo 2.a) de la Ley 29/1998 desdibuja, para señalados autores, la pureza del perfil trazado en la Exposición de Motivos (PAREJO ALFONSO ⁵⁵). La alusión a la competencia del orden contencioso-admi-

vista Española de Derecho Administrativo, n.º 79, 1993, p. 493; SAIZ ARNAIZ, A. (*op. cit.*, p. 240), y JORDANO FRAGA (*op. cit.*, p. 437); esta «importante sentencia», dice el último autor, «ha preparado el campo para decisiones garantistas futuras».

⁵⁴ STS sobre el nombramiento del Fiscal General del Estado, ponente Ramón Trillo Torres, Ar. 5050. Ya en el Auto que la Sala 3.ª en Pleno había dictado el 15 de enero de 1993 sobre la admisibilidad del recurso se había referido a los «conceptos judicialmente asequibles» que determinaban límites o requisitos previos a los actos de dirección política.

⁵⁵ Comentario al art. 2 a) de la Ley, del número monográfico dedicado a ésta por *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 100, 1998, p. 72).

nistrativo para conocer de lo relativo a *la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuera la naturaleza de dichos actos* la entienden como proclamación de un ámbito de actuación gubernamental «no administrativa», política, y en esa medida sólo controlable, en virtud de atribución expresa, en los aspectos que se detallan ⁵⁶.

Frente a esta argumentación, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ —juicio que compartimos— apunta que esta fórmula, que «no merece precisamente felicitaciones», «no añade ni quita nada al pleno control contencioso-administrativo de los actos de los *Gobiernos*, puesto que lo que dice no es distinto de lo que podría decirse de cualquier otra manifestación de ese control sobre cualquier parte de cualquier Administración», por cuanto «lo que compete sustancialmente a la Jurisdicción es controlar los elementos reglados de los actos (u omisiones) y disposiciones de las Administraciones» ⁵⁷. La alusión a los Gobiernos, que bien podría eliminarse, la entiende como una aclaración de aquella sumisión, por mor de «las vacilaciones que se han producido sobre el tema».

Más decisivo quizá sea el artículo 26 de la Ley del Gobierno, que proclama que éste «está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico *en toda su actuación*» y que «los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora». Más claro, agua: no se admite una exclusión *per se*, ni legal ni judicial, para los actos gubernativos.

A los sólidos razonamientos hasta aquí aportados permítaseme añadir los siguientes —en los que entendemos ha reparado poco la doctrina—, todos ellos en pro de la justiciabilidad de los pretendidos «actos políticos» y del mismo rechazo a considerarlos una categoría amparada por el Derecho:

1. El principio de vinculación positiva de la Administración a la legalidad implica que sea la ley, en todo caso, quien preste habilitación necesaria a las actuaciones públicas, definiendo los instrumentos de aquella actuación. Y, ¿dónde se reconoce la existencia del «acto político» como

⁵⁶ Además de PAREJO, en el mismo sentido T. FONT I LLOVET, en el prólogo al libro de BARATA I MIR, cit., LEGUINA VILLA, etc.

⁵⁷ Cfr. «Gobierno y Administración...», cit., p. 333.

categoría jurídica autónoma? Mientras algunos sostienen que el tenor del artículo 2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa —que alude, sabemos, a los actos de los gobiernos «*cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos*»— implica un reconocimiento, no ya implícito, sino incluso explícito, de esta categoría ⁵⁸ —innominada, en tal caso—, por nuestra parte mantenemos que las exigencias de vinculación positiva hacen inadmisibile una interpretación distinta de la apostilla final del citado artículo que aquella que la entiende referida, no a una pretendida categorización jurídica, sino simplemente al contenido material de los actos administrativos emanados de los gobiernos (para declarar tal contenido indiferente a efectos del control de los actos provenientes de estos órganos de gobierno).

2. Nadie ha puesto en duda la plenitud del control judicial —por la jurisdicción contenciosa— de la potestad reglamentaria (art. 1.1 de la Ley jurisdiccional). Y no hay duda de que en muchos casos el reglamento será un instrumento de dirección política, o su contenido revelará en muchos casos una opción de ese carácter. ¿Cómo puede reconocerse la universalidad de su justiciabilidad y negársela a toda una «categoría» de «meros actos»?

3. Se ha aludido a una jurisprudencia vacilante, que unas veces rechaza el motivo del carácter político del acto como razón de inenjuiciabilidad —normalmente porque detecta elementos reglados u otros jurídicamente asequibles—, y otras declara el acto inatacable en cuanto manifiesta una opción política, no abarcable por el juzgador. En estos casos, *no es que se declare inenjuiciable el acto* —de hecho, lo está justiciando, en la medida en que procede a investigar su fondo—; lo que ocurre es que en esa investigación no identifica elementos jurídicos asequibles determinados por el legislador, y sí topa, por el contrario, con un núcleo político que no le corresponde valorar. De hecho, no se decreta en estos supuestos, de inicio, la inadmisibilidad del recurso —lo que habría de hacerse, en su caso, por auto— sino que se enjuicia su fondo, para detectar aquel «contenido político» no valorable por un Tribunal ⁵⁹.

⁵⁸ A. PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, p. 72; T. FONT I LLOVET, *op. cit.*, p. 16; J. L. PIÑAR MAÑAS, «Configuración constitucional del Gobierno y control jurisdiccional de sus actos», en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, coord. E. ÁLVAREZ CONDE, INAP, Madrid, 1998, p. 459; J. LEGUINA VILLA, comentario al artículo 2.a) de la Ley 29/1998, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, dir. LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN, *Lex Nova*, Valladolid, 1999, p. 51

⁵⁹ En este sentido se manifiesta, más o menos, Blanca LOZANO: «en el caso de que no exista ninguna regulación legal ateniende al fondo de la decisión, *no es que el acto esté exento de control judicial*, sino que, al no estar vinculado su contenido en un sentido determinado, no infringe el Derecho» (*op. cit.*, p. 273); la cursiva es nuestra.

No cabe duda, por tanto, de que estos actos «de contenido político» serán fiscalizables —en una medida limitada, pero fiscalizables en fin—; ¿qué sentido tiene, entonces, mantener la categoría como algo distinto a los actos discrecionales?

b) *El alcance del control judicial de los actos dictados al amparo de la discrecionalidad política*

Hemos mantenido que estamos ante actos dictados al amparo de una *discrecionalidad política*, que implica un especial margen de libertad del órgano en cuestión, lo que limita, por tanto, las posibilidades de fiscalización. De acuerdo con BACIGALUPO, «al igual que cualquier otro tipo de discrecionalidad, la discrecionalidad política —que el ordenamiento jurídico puede atribuir (y, de hecho, atribuye) a los órganos de gobierno de las Administraciones territoriales en el ejercicio de su función de dirección política modula (y mucho) la intensidad de su control judicial, pero no lo excluye *per se*»⁶⁰. De tal manera que, siempre que haya un límite jurídico a la actuación de carácter político de cualquier autoridad es inexcusable el control judicial ordinario de su observancia.

Este planteamiento es ya suficientemente pacífico en nuestra jurisprudencia y en la doctrina —incluso para quienes mantienen la pervivencia de actos de «naturaleza política», no administrativa—. Hemos dicho que nuestro Tribunal Supremo dio el paso decisivo en este proceso en la Sentencia de 22 de enero de 1993, y de ella podemos deducir —en una redacción parcialmente mejorable, pero intachable en la doctrina que incorpora— el alcance del control judicial de los que la Sala llamó repetidamente «actos de contenido político en cuanto al fondo»: «*en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, estos elementos sí son susceptibles de control jurisdiccional (...)*. Sin embargo, *la voluntad política incorporada (al acto) no es controlable judicialmente*». No hay una contradicción, como podría entreeverse de la redacción⁶¹: no está diciendo que el contenido político haga al acto incontrolable —de hecho, el Tribunal rechaza la excepción de falta de jurisdicción, y enjuicia el acto—; lo que ocurre es que tal control ha de dejar intangible la voluntad política que incorpora el acto, que no corresponde valorar a la

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 57.

⁶¹ No me parece que se dé el contrasentido que advierte GONZÁLEZ SALINAS: «primero se declara la admisibilidad del recurso porque existen elementos reglados en la actividad del Gobierno, para luego decir que la voluntad política incorporada a la denegación del referéndum no es controlable judicialmente» (*op. cit.*, p. 500).

Sala («este Tribunal Supremo se excedería de su misión constitucional accediendo a la petición de que el mismo Tribunal autorizase directamente el referéndum. La jurisdicción no puede sustituirse en la voluntad política del Gobierno, ni suplantarse las sedes de exigencia de eventual responsabilidad política donde quizás podría debatirse el asunto»).

Nos preguntamos, para terminar, si cabría interpretar el artículo 2.a) de la Ley de la Jurisdicción como una plasmación legal de esta limitación de las posibilidades de fiscalización de los actos de *contenido* político provenientes de los distintos Gobiernos, fiscalización que debe extenderse «únicamente» a los extremos detallados en el artículo, con respeto del fondo político. Efectivamente, así puede interpretarse; pero insistimos en que el mismo respeto del juzgador ante opciones diversas, admisibles para la conciencia jurídica (indiferentes jurídicos) se predica ante el ejercicio de cualquier potestad normativamente diseñada como discrecional, tenga ésta cariz político o no.

c) *Treviño: la fiscalización de los actos necesarios*

Comenzamos advirtiendo de que los actos que nos ocupaban (de la Diputación Provincial, de los Gobiernos regional y nacional), teniendo todos ellos un cierto contenido político, éste no era idéntico en todos los casos. Los elementos *judicialmente asequibles* que incorporan las normas que los prevén no son iguales, siendo por tanto diverso el alcance de la discrecionalidad que atribuye el legislador a las distintas instancias competentes, y por ende distintas las posibilidades de fiscalización judicial. En concreto, el contenido político que genéricamente les atribuimos es distinto tratándose de los «informes» de la Diputación y del Consejo de Gobierno, por una parte, y de la «autorización del referéndum», que corresponde al Gobierno central, de otra.

c.1) El informe de la Diputación Provincial y del Consejo de Gobierno autonómico

Con lo dicho queda suficientemente claro que, de someterse a control judicial el acto —informe— que emitan Provincia y Autonomía, resultará posible la fiscalización en aquellos de sus elementos que hayan sido definidos legislativamente. Al respecto, la Disposición Transitoria Séptima, apartado 3.º, del Estatuto castellano-leonés prevé que el informe, que habrá de ser favorable para que se produzca la segregación, lo elaborarán ambas instancias «a la vista de las mayores vinculaciones históricas, so-

ciales, culturales y económicas con la Comunidad Autónoma a la que se solicita la incorporación». No hay razón, a primera vista, para que la apreciación de la Diputación Provincial y del Consejo de Gobierno de estas «vinculaciones» —entendidas aisladamente—, no pueda ser corregida jurisdiccionalmente. No obstante, y en primer lugar, su determinación supone operaciones valorativas con ciertas dosis de discrecionalidad ⁶²; y en segundo lugar, lo que es más importante, la evaluación conjunta de tales vinculaciones constituye, en último término, una opción política. En definitiva, este «carácter esencialmente político» del informe limita el alcance, sin excluirla, de la fiscalización judicial.

c.2) La autorización del referéndum por el Gobierno de la Nación

El trasfondo político —y por tanto la discrecionalidad decisoria— es aún más claro en el acto del Gobierno autorizando o denegando el referéndum. Es el supuesto que nuestro Tribunal Supremo resolvió en la sentencia citada de 22 de enero de 1993. En ella el Alto Tribunal desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Diputación Foral de Vizcaya contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de abril de 1988, por el que se denegó la celebración de referéndum municipal en Villaverde de Trucios, con el argumento de que «la autorización del referéndum y lógicamente su denegación son *actos de contenido político* en cuanto al fondo, realizados por un alto órgano constitucional». En la medida en que «no hay en nuestro ordenamiento una vinculación al efecto de la voluntad política del Gobierno mediante elementos reglados que establezca la Ley», concluye el Tribunal que «la voluntad política incorporada al contenido de la denegación del referéndum no es controlable judicialmente».

No participa de esta opinión el profesor GONZÁLEZ SALINAS. Partiendo de que «la decisión última, política, corresponderá a las Cortes», que habrán de aprobar por ley orgánica —sabemos— la alteración de los límites provinciales, entiende que «el Consejo de Ministros no tiene competencia para decidir políticamente algo que corresponde a las Cortes Generales. No puede, invadiendo una competencia que es de las Cortes, impedir que un procedimiento que él no puede resolver continúe (...). El Gobierno no puede con sus actos obstaculizar la marcha del procedimiento» ⁶³.

⁶² Determinar una mayor vinculación social o cultural no es tarea sencilla, que pueda precisarse tras una comprobación puramente reglada; tampoco la valoración de las vinculaciones económicas resulta automática y fehaciente; ni siquiera lo serán las históricas —que pueden referirse únicamente a la dependencia administrativa, en cuyo caso son inequívocas, o atender a otros aspectos también históricos.

⁶³ *Op. cit.*, p. 503.

Ha de tenerse en cuenta que el tenor del texto constitucional (art. 141.1) se refiere a la competencia de las Cortes para la *aprobación* de la alteración provincial (autonómica también, en este caso); lo que apunta —en buena lógica jurídica, competencial— a que tal alteración no puede entenderse sino como producto de un proceso complejo, en el que no pueden orillarse las competencias del resto de entidades territoriales implicadas (municipio, provincia, Comunidad Autónoma) ⁶⁴. Ni, por el mismo hecho, las que pudieran corresponder a otros entes en la medida prevista en la legislación específica. Estipulado en las legislaciones autonómicas el refrendo entre los habitantes del enclave, sin previsión de un régimen autorizador especial (sólo el Estatuto vasco alude a la «previa autorización competente al efecto»), ha de estarse a la legislación «ordinaria» de estas consultas (Ley Orgánica 2/1980), que, tal como señaló el Tribunal, no condiciona la voluntad política del Gobierno en ningún sentido. La alegación de GONZÁLEZ SALINAS de que «la autonomía local y municipal imponen la exigencia de referéndum» creemos haberla refutado en páginas anteriores.

d) *Recapitulación*

No corresponde aquí ir más allá en el estudio de la compleja cuestión de los llamados «actos de Gobierno», de contenido político. Si hemos tratado su problemática con relativo detenimiento ha sido para remarcar que los actos del gobierno regional y provincial, informando sobre la segregación, y del Gobierno de la Nación autorizando la celebración del referéndum tienen un contenido básicamente político, con lo que resultan, en cuanto al fondo, no revisables en sede judicial. A la vista de la normativa vigente en estos momentos, la cuestión ha de ser resuelta en foros políti-

⁶⁴ La Ley Orgánica 15/1995, de 27 de diciembre, por la que se sanciona —se *aprueba*— la segregación del municipio de Gátova de la provincia de Castellón y su agregación a la de Valencia, deja constancia de la intervención municipal (la iniciativa parte del municipio), de las provincias afectadas (que son instadas por la Generalitat para que se pronuncien, y que no manifestaron voluntad contraria a la alteración) y de la propia Comunidad (quien llevó a cabo la iniciativa legislativa ante el Parlamento nacional). Consultado previamente el Consejo de Estado sobre esta operación de alteración determinó que «si bien formalmente la voluntad que cuenta para la alteración de los límites de la provincia es la de las Cortes Generales, no podría derivarse de ello dejar de lado la voluntad municipal ni tomar la iniciativa y la decisión que a otras instancias y poderes compete sin ponderar y valorar las consideraciones e intereses de la colectividad municipal». Reconoce, en este sentido, la competencia de la Comunidad Autónoma para ejercer la iniciativa legislativa, con el objeto de conseguir la aprobación de la correspondiente ley orgánica (Dictamen n.º 54.456, sección 3.ª, de 26 de julio de 1990, *Recopilación de Doctrina Legal 1990*, n.º 43).

Queremos resaltar con esto que la «decisión última, política» de las Cortes no está reñida, en buena ley, con intervenciones —también políticas— de instancias «inferiores», sino que las presupone.

cos. Es decir, vistas las competencias que, en virtud el principio de autonomía, se atribuyen a las distintas Administraciones implicadas, *jurídicamente, tan admisible resulta la negativa de las instituciones castellanas a desprenderse del enclave de Treviño, como que éstas convengan su segregación y posterior anexión al País Vasco.*

IV. ALGUNOS CRITERIOS PARA UNA VALORACIÓN

Sin perjuicio de que la solución final del conflicto sobre el enclave habrá de lograrse en sede política, también es cierto que puede ser útil indagar aquí algunos argumentos en favor de una u otra solución.

Podría pensarse, de entrada, que las situaciones de «enclave» resultan anormales. En esta línea, puede ser lo más conveniente que las circunscripciones territoriales estén constituidas por territorios continuos: parece lo congruente con su base territorial, en la que extenderán sus competencias. De hecho, el artículo 2.º del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, ya citado, estableció que «*el término municipal está formado por territorios continuos...*», criterio que bien puede ser aplicable, como *desideratum*, a las provincias. *Mutatis mutandis* también, puede ser aplicable aquí el criterio jurisprudencial de calificar los enclaves de los municipios como una situación «*francamente anómala*» (STS de 3 de noviembre de 1978, Ar. 4019 ⁶⁵) o el de proclamar una «presunción de la procedencia del ejercicio de la jurisdicción en terrenos continuos», exigiendo prueba inequívoca de la existencia de enclaves (STS de 23 de enero de 1969, Ar. 100 ⁶⁶).

Ahora bien, una cosa es lo razonablemente común, ordinario, que en buena lógica debe constituir la regla general, y otra cosa es la *eventual razonabilidad de excepciones*, que pueden justificarse por razones históricas, o por razones de otra índole superiores al criterio «racionalista» general. Es por ello que el mismo R.D. 1690/1986 permite excepcionar, por razones como las antedichas, la regla general que había establecido y permite mantener «*las situaciones de discontinuidad que están reconocidas actualmente*».

⁶⁵ Reza así: «con esta alteración de los términos municipales, no sólo se consigue la gran ventaja de aproximar las poblaciones de los territorios de que se trata a las de unos Ayuntamientos más cercanos, sino la de suprimir su situación de “enclaves”, francamente anómala...».

⁶⁶ «La jurisdicción municipal se ejercía sobre territorios continuos, significa indudablemente una fuerte presunción de que el término municipal corresponde a los territorios que se encuentran contenidos en aquél o colindando con el resto del expresado término, debiendo el municipio que alegue poseer territorios enclavados en otro término probarlo de manera inequívoca...».

Se ha esgrimido como argumento proanexión —con ciertas dosis de demagogia— el hecho, se dice, de que la eficacia en la gestión administrativa y en la prestación de los servicios públicos resulta favorecida por la cercanía física con la capital provincial y autonómica. Sin negar este hecho, también es cierto que para un mejor servicio a los treviñeses pueden arbitrarse fórmulas de cooperación y colaboración entre las Administraciones implicadas, aunque ciertamente la doctrina administrativista llama la atención sobre la deficiente regulación de las relaciones interadministrativas en nuestro ordenamiento ⁶⁷. En esta línea, sugiere el informe citado elaborado por la Ponencia del Senado la firma de un convenio de cooperación y colaboración entre las Administraciones. «Este convenio —puede leerse— debería permitir, en unos casos, que la Diputación de Álava extendiera sus servicios a los ciudadanos del territorio del enclave de Treviño. En otros casos, se posibilitaría la prestación conjunta de servicios o su prestación por una Administración y la financiación por otra». Así, se ha producido en fecha reciente la firma del protocolo de colaboración entre la Diputación Foral de Vizcaya y la Junta de Castilla y León para la planificación, construcción, financiación y ejecución conjunta de mejoras viarias, afectantes al enclave ⁶⁸.

⁶⁷ Vid. M. SÁNCHEZ MORÓN, «Racionalización administrativa y organización territorial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 40, 1994, p. 45.

⁶⁸ Da cuenta de ello *Diario de Burgos*, 27 de mayo de 1999, p. 16.

