

El principio de subsidiariedad y la organización administrativa

SUMARIO: 1. LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN SU VERTIENTE INTERNA. 2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA SUBSIDIARIEDAD INTERNA. 3. LA SUBSIDIARIEDAD EN LA NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE ENTES LOCALES. 4. LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS DEL MUNICIPIO EN LA PARROQUIA. 5. CONCLUSIONES.

1. LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN SU VERTIENTE INTERNA

El artículo 6.1 de la Constitución portuguesa de 1976 dispone, en la redacción introducida por la cuarta revisión constitucional¹, que «El Estado es unitario y respeta en su organización y funcionamiento el régimen autonómico insular y los principios de subsidiariedad, de autonomía de los entes locales y de descentralización democrática de la administración pública».

A su vez, el n° 2 del mismo artículo 6° no fue alterado por la cuarta revisión constitucional manteniéndose con la redacción establecida en la primera revisión constitucional (1982). En él se dispone que «Los archipiélagos de Azores y Madeira constituyen regiones autónomas dotadas de estatutos político-administrativos y de órganos de gobierno propio».

Lo que es verdaderamente innovador de la modificación adoptada en 1997 no es tanto la referencia añadida al régimen autonómico in-

Traducción del portugués realizada por Alba NOGUEIRA LÓPEZ, Área de Derecho Administrativo, Universidade de Santiago de Compostela.

¹ V. artículo 4° de la Ley Constitucional n°1/1997, de 20 de septiembre, en *Diário da República*, I Série-A, n°218, de 20 de septiembre de 1997, que añadió las expresiones «y funcionamiento», «régimen autonómico insular» y «subsidiariedad».

sular, a pesar de las modificaciones importantes que sufrió este régimen², sino la consagración del principio de subsidiariedad como principio orientador de la organización y funcionamiento del Estado portugués.

Se trata, sin duda, de una alteración original en el contexto del Derecho constitucional portugués y, posiblemente, en el Derecho constitucional comparado, donde tal principio no se encuentra expresamente consagrado incluso en Constituciones de Estados federales.

Esta consagración de una subsidiariedad interna no tiene que ver ni con la subsidiariedad comunitaria, introducida en el ordenamiento jurídico comunitario por el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, ni con la subsidiariedad acogida igualmente por la Constitución portuguesa en el momento de su tercera revisión en 1992, en el artículo 7.6³.

Desde nuestro punto de vista, el principio de subsidiariedad del artículo 6º tiene un sentido y un ámbito de aplicación diversos de los de la subsidiariedad contemplada en el artículo 7º.

En el artículo 7º, la subsidiariedad, si bien constitucional y por tanto también en esa perspectiva interna, asume sin embargo una vertiente externa al colocarse en el ámbito de la transferencia de poderes del Estado portugués a las Comunidades Europeas.

En el artículo 6º, la subsidiariedad, igualmente constitucional, por haber pasado a figurar en la Constitución, y en esa óptica poder asumirse también como una subsidiariedad interna, se posiciona en el ámbito del reparto vertical de poderes (que se distingue de la división de poderes, considerada horizontal) entre el Estado y otros entes distintos a él, creados o existentes en su seno, pero en el marco de un Estado unitario tal como está caracterizado en el precepto constitucional citado. Se trata así, a nuestro juicio, de la vertiente interna de la subsidiariedad interna que no admitía el principio redactado según el artículo 7º.

² Sobre las alteraciones sufridas por los preceptos constitucionales que configuran el régimen autonómico insular (especialmente los antiguos artículos 229,230,232,234,236, la supresión del art. 230 y el nuevo artículo 228) *vid.* Carlos BLANCO DE MORAIS, «As competências legislativas das regiões autónomas no contexto da revisão constitucional de 1997», *Revista da Ordem dos Advogados*, año 57, Lisboa, Diciembre 1997, III, pp. 982-1042; *vid.* también sobre la revisión de 1997, Antonio ARAÚJO, *A revisão constitucional de 1997, um ensaio de história político-constitucional*, 1999, pp. 177-217 y Marcelo REVELO DE SOUSA, *Uma Constituição Moderna para Portugal*, Prefacio, Lisboa, 1997, pp. 9 y ss.

³ *Vid.* artículo 7.6 de la Constitución portuguesa, en la redacción introducida por el artículo 2º.2 de la Ley Constitucional 1/1992, de 25 de noviembre, en *Diário da República*, I-A Série, nº273, suplemento, de 25 de noviembre de 1992. El artículo 7.6 establece que «Portugal puede, en condiciones de reciprocidad, con respecto al principio de subsidiariedad y teniendo como objetivo la realización de la cohesión económica y social, pactar el ejercicio en común de los poderes necesarios para la construcción europea». *Vid.* Margarida SALEMA D' OLIVEIRA MARTINS, «O princípio da subsidiariedade na Constituição de 1976: os trabalhos preparatórios da terceira revisão constitucional», *Perspectivas Constitucionais*, vol. II, Coimbra 1997, pp. 851-879.

Se puede afirmar, por lo tanto, que la revisión constitucional de 1997 completa, en cuanto a la subsidiariedad, la revisión de 1992.

2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA SUBSIDIARIEDAD INTERNA

Si la subsidiariedad interna se aplica a los entes infra-estatales, importa desde luego señalar, igualmente, que se excluye su aplicación a las regiones autónomas.

Tratándose de entes infra-estatales resultantes de un fenómeno de descentralización política del Estado que se traduce en la atribución de una autonomía político-administrativa acentuada, sucede que el régimen de esa autonomía está configurado por la Constitución de tal forma que uno de sus poderes más relevantes –el poder legislativo regional– está medido de forma minuciosa y ponderada por la Constitución⁴, alejando así la aplicación de un criterio de medida flexible y casuística no definido por la Constitución como el principio de subsidiariedad.

A pesar de surgir aparentemente consagrado como un principio constitucional general, la subsidiariedad, sin embargo, no tiene la virtualidad de aplicarse a las relaciones entre el Estado y las regiones autónomas, en cuanto al reparto de poderes legislativos entre ambos, dado el marco cerrado de regulación establecida por la Constitución para la atribución y ejercicio de poder legislativo por las regiones autónomas⁵.

Se aplicará, por consiguiente, el principio de subsidiariedad en el marco de las relaciones entre el Estado y los entes infra-estatales resultantes de descentralización administrativa, en particular de descentralización territorial, en el que destacan los entes locales. Se trata pues de un principio constitucional que preside la organización administrativa portuguesa⁶.

⁴ El criterio material de delimitación del poder legislativo regional es el del interés específico en los términos del artículo 227, n.º 1, a de la Constitución.

⁵ Diferente parece ser la opinión de Carlos BLANCO DE MORAIS que admite, no sin dificultad, una esfera de aplicación de la subsidiariedad «muy específica y eventual» en el reparto vertical de competencias legislativas entre el Estado y las regiones autónomas, «A dimensão interna do princípio da subsidiariedade no ordenamento português», en *Revista da Ordem dos Advogados*, año 58, II, Lisboa, julio 1998, pp. 780-821, en particular pp. 794-798. Si bien debemos señalar que el autor cuando afirma que «el principio de subsidiariedad podrá ser invocado como un patrón corrector o contraprueba del alargamiento del contenido vinculante de la ley general de la República a disciplinas estatales de detalle, las cuales se tornarán inderogables por leyes regionales» (*ibidem* p. 798), acaba por admitir que, como mucho, es en esta sede restrictiva, y como principio interpretativo, cuando la subsidiariedad podrá ser aplicada. De esta forma acaba implícitamente por coincidir con la conclusión a la que habíamos llegado.

⁶ Recientemente fue efectuada la primera revisión del Estatuto político-administrativo de la Región Autónoma de Madeira, siendo añadida a la Ley n.º 13/1991, de 5 de junio, una

Por eso designamos esta subsidiariedad como subsidiariedad administrativa.

El principio de subsidiariedad es incompatible con una administración centralizada o con ayuntamientos no autónomos, ya que, en su esencia, presupone que la actuación corresponde a entes distintos, capaces y eficaces, siendo la medida de la capacidad y eficacia de cada entidad verificada a nivel de sus posibilidades de actuación.

Si bien es un concepto elusivo, difícil de aprehender, no es imposible captar la función de la subsidiariedad en el Derecho administrativo.

Se aprecia, de todas formas, que el legislador de la revisión constitucional de 1997, a semejanza del legislador de la revisión constitucional de 1992, no definió el principio de subsidiariedad.

En esta circunstancia, la única solución interpretativa posible fue la de recurrir a la definición de la Carta Europea de la Autonomía Local, único instrumento portador de los elementos necesarios para la construcción del concepto de subsidiariedad administrativa.

La Carta Europea de la Autonomía Local⁷, firmada en Estrasburgo, el 15 de octubre de 1985, en el ámbito del Consejo de Europa, está

nueva disposición que inscribe formalmente el principio de subsidiariedad en el referido Estatuto (v. art. 70 de la Ley n.º 130/99, de 21 de agosto). Se dispone así en el actual artículo 11 del Estatuto político-administrativo de la Región Autónoma de Madeira que «en la relación entre los órganos del Estado y los órganos de gobierno propios de la Región es aplicable el principio de subsidiariedad, según el cual, y fuera del ámbito de las atribuciones exclusivas del Estado, la intervención pública se hace preferentemente desde el nivel de la Administración que estuviera más próximo y fuera más apto para intervenir, a no ser que los objetivos concretos de la acción en causa no puedan ser suficientemente realizados sino desde el nivel de la Administración superior».

La definición, más próxima en su texto a la definición comunitaria de subsidiariedad, se circunscribe a las relaciones administrativas entre el Estado y la Región Autónoma de Madeira, acabando por tener un alcance limitado, no sólo en cuanto al poder normativo que se encuentra circunscrito por la Constitución como en cuanto a las propias relaciones administrativas Estado-Región Autónoma de Madeira que dada la autonomía administrativa configurada constitucional y estatutariamente excluye *ipso facto* la aplicación de la subsidiariedad. En efecto, el Gobierno regional dispone del poder de dirección sobre la administración regional directa (v. art. 69. e del Estatuto), del poder de tutela sobre las comunidades locales (v. art. 227, l. m de la Constitución y art. 69. e del Estatuto) y del poder de supervisión de los servicios, institutos públicos y empresas públicas y nacionalizadas que ejerzan su actividad exclusiva o predominantemente en la región, y en otros casos en que el interés regional lo justifique [art. 227, l. de la Constitución y art. 69, g. del Estatuto]. Siempre que la Constitución o el propio Estatuto repartan las atribuciones y competencias recurriendo a otras fórmulas o formulaciones diferentes de la subsidiariedad, esta deja de tener espacio para aplicarse, tornándose inoperante su invocación. Si no se considera esta disposición como inconstitucional, ya que ella no se posiciona como tal en disconformidad con la Constitución tampoco parece correcto considerar que define la subsidiariedad en general o utilizarla para poner en cuestión las atribuciones administrativas de la Región Autónoma de Madeira.

⁷V. Carta Europea de la Autonomía Local, aprobada por Resolución de la Asamblea de la República n.º 28/1990, de 23 de octubre y Decreto del Presidente de la República n.º 98/1990, de 23 de octubre.

considerada además como el primer instrumento internacional que acogió el principio de subsidiariedad, si bien sin denominarlo.

En efecto, en la Carta, después de afirmarse, en el preámbulo, la convicción de que la existencia de los entes locales investidos de responsabilidades efectivas permite una Administración simultáneamente eficaz y próxima al ciudadano (punto 6º), dispone en el artículo 4.3, lo siguiente: «Regla general, el ejercicio de las responsabilidades públicas debe corresponder, preferentemente, a las autoridades más próximas a los ciudadanos. La atribución de una responsabilidad a una u otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud y naturaleza de la tarea y las exigencias de eficacia y economía».

Para Diogo FREITAS DO AMARAL, la Carta Europea de Autonomía Local «está en vigor en nuestro orden jurídico sin ningún tipo de reserva: esto significa que la legislación portuguesa relativa a los entes locales y la tutela gubernamental sobre éstos no puede contrariar lo dispuesto en la Carta»⁸.

Para Fausto DE QUADROS, la Carta Europea de la Autonomía Local consagra «aunque, formalmente, de forma incipiente» el principio de subsidiariedad que por medio de una fuente internacional entraba, de este modo, en el Derecho administrativo local de los Estados partes en aquella Carta⁹.

Parece pues que estamos ante un principio de Derecho internacional administrativo, esto es, de un principio que proviniendo de una fuente internacional se destina a regular aspectos de la Administración pública interna. Tratándose, en este caso, de un principio internacional por su naturaleza, pero administrativo por su objeto, aplicándose en el plano interno en virtud de obligaciones internacionales del Estado en materia de Administración pública.

Será el principio de subsidiariedad así caracterizado el que prevalezca en el ordenamiento portugués hasta la emanación de la nueva legislación sobre entes locales.

3. LA SUBSIDIARIEDAD EN LA NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE ENTES LOCALES

Dentro de un movimiento legislativo de gran intensidad cuantitativa y cualitativa que se produjo en el ámbito de la organización administrativa portuguesa en los años 1998 y 1999¹⁰ destaca, en lo que a

⁸ Vid. Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 2ª ed., Coimbra, 1994, p. 432.

⁹ Vid. Fausto DE QUADROS, *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Coimbra, 1995, pp. 29 y 30.

¹⁰ Vid. Alfonso D'OLIVEIRA MARTINS, *Direito Administrativo*, Colcctânea de Legislação, II vol., 2ª ed., Lisboa, 2000, p. 5.

nosotros nos interesa, la Ley n° 159/1999, de 14 de septiembre, que establece el marco de transferencia de atribuciones y competencias a los entes locales, así como de delimitación de la intervención de la Administración central y de la Administración local, concretando los principios de descentralización administrativa y de autonomía del poder local (art. 1º) y que de aquí en adelante denominaremos ley-marco.

En los términos del artículo 2º.1 de la misma Ley, la descentralización de poderes se efectúa mediante la transferencia de atribuciones y competencia a los entes locales, teniendo por finalidad asegurar el reforzamiento de la cohesión nacional y de la solidaridad interregional y promover la eficiencia y la eficacia de la gestión pública asegurando los derechos de los administrados.

Es en el artículo 2º.2 de la Ley n° 159/1999 donde se establece la subsidiariedad administrativa al regularse que: «La descentralización administrativa asegura la concretización del principio de subsidiariedad, debiendo ser ejercidas las atribuciones y competencias por el nivel de la administración mejor colocado para conseguirlas con racionalidad, eficacia y proximidad con los ciudadanos».

La formulación de la parte inicial del precepto no es correcta¹¹, ya que puede haber descentralización sin subsidiariedad pero no hay subsidiariedad sin descentralización.

Si la Constitución ya había impuesto la descentralización y consagra la subsidiariedad, lo que la nueva Ley innova es, básicamente, la definición de lo que designamos como subsidiariedad administrativa como principio rector de la distribución de atribuciones y competencias por los niveles de administración que existan efectivamente.

La subsidiariedad se define como el principio según el cual las atribuciones y competencias deben ser ejercidas por el nivel de la administración mejor colocado para ejercerlas con racionalidad, eficacia y proximidad con los ciudadanos.

Se trata de la primera definición legal del principio de subsidiariedad que deberá ser analizada a la luz de esta Ley-marco, y de forma cautelosa porque en este texto se detectan varias contradicciones que pueden eventualmente hacer inoperante el referido principio.

En efecto, adviértase desde luego que se trata de una ley simultáneamente presente y futura, o sea, de una ley que en parte ya es prescriptiva para el presente y, en otra parte, es programática.

Dispone para el presente, porque al delimitar las atribuciones y competencias en general, en su Capítulo II (arts. 13 a 15), está deter-

¹¹ Formulación semejante, que peca de la misma falta de rigor, es la contenida en las Grandes opciones del Plan para 2000, aprobado por la Ley 3-A/2000, de 4 de abril: «La descentralización administrativa, factor de desarrollo y de cohesión nacional, es la vía por excelencia para la profundización de la subsidiariedad» (VD.R.I serie-A, n° 80, de 4 de abril, p. 1490 (10)).

minando, desde ya, cuales son las atribuciones de los municipios (art. 13) y de las parroquias (art. 14), así como estableciendo que el ayuntamiento que, por vía de delegación de competencias, mediante convenio, transfiera tareas incluidas en su ámbito de atribuciones a las parroquias debe facultar su ejercicio a todas las que tengan interés en ello (arts.13.2 y 15).

El elenco de atribuciones de los municipios y de las parroquias es taxativo verificándose que hay ámbitos comunes de atribuciones (como es el caso del equipamiento rural y urbano, educación, cultura, tiempo libre y deporte, acción social, protección civil y medio ambiente).

De esta forma, las atribuciones de los entes locales dejan de definirse mediante una cláusula general, como sucedía en la anterior Ley de entes locales .

Debe así entenderse que es en la Ley-marco, más precisamente en sus artículos 13 y 14, donde se trazan, de forma exhaustiva, los ámbitos de atribución de las dos únicas categorías de entes locales realmente existentes en Portugal: el municipio y la parroquia.

Además, tales cláusulas de fijación de atribuciones a los municipios y parroquias se entienden como aplicables a todos los municipios y parroquias sin excepción¹³.

Sin embargo, la Ley-marco dispone también de cara al futuro en el sentido de que prevé que el conjunto de atribuciones y competencias establecido en su Capítulo III (v. arts. 16 a 31)¹⁴ será progresivamente transferido a los municipios en los cuatro años subsiguientes a su entrada en vigor (v. art.4.1).

El régimen de transferencia de competencias consta de los artículos 4 a 12 de la Ley-marco, que abordan principalmente la forma, modalidades y naturaleza de las transferencias de competencias, así como los medios (humanos, financieros y patrimoniales) necesarios para ejercerlas.

¹² Vid. art. 2º del Decreto-Ley 100/1984, de 29 de marzo, ahora revocado por la nueva Ley de entes locales, la Ley 169/1999, de 18 de septiembre, que ya no regula las atribuciones de los entes locales.

¹³ De este modo debe entenderse como implícitamente revocados los artículos 44, 45, 46, 47, 48, 49 y 50 del Código Administrativo que establecía las atribuciones de las cámaras municipales.

Efectivamente, algunos autores defendían la subsistencia de los referidos artículos del Código frente al artículo 97.2 de la anterior Ley de Entes Locales, *vid.* Diogo FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, cit. pp. 474 a 481, en particular, p. 476 y João CAUPERS, *Direito Administrativo I*, 4ª ed. Lisboa, 1999, pp. 299 y 300.

¹⁴ En los artículos 16 a 31 de la Ley 159/99, de 18 de septiembre, se enuncian los ámbitos de competencia de los órganos municipales en cada ámbito de atribuciones municipales (equipamiento rural y urbano; energía; transportes y comunicaciones; educación; patrimonio; cultura y ciencia; tiempo libre y deporte; salud; acción social; vivienda; protección civil; medio ambiente y saneamiento básico; defensa del consumidor; promoción del desarrollo; ordenación del territorio y urbanismo; policía municipal; y cooperación externa).

La primera dificultad que presenta esta Ley-marco, en cuanto a la definición de la subsidiariedad, tiene que ver con lo que dispone el artículo 3.1, según el cual: «la transferencia de atribuciones y competencias se efectúa al ente local que, de acuerdo con su naturaleza, se muestra más adecuado al ejercicio de la competencia en causa».

Partiendo del principio de que en esta norma la expresión «ente local» significa categoría de ente local, esto es, municipio o parroquia, y que la expresión «su naturaleza» se relaciona con las atribuciones y competencias, entonces se plantea la cuestión de saber quién debe ejercer las competencias: el nivel administrativo mejor colocado para ejercerlas con racionalidad, eficacia y proximidad con los ciudadanos, como determina el artículo 2º.2 o el ente local que, de acuerdo con la naturaleza de la competencia, se muestre más adecuado para el ejercicio de la competencia en cuestión, como manda el artículo 3º.1.

La idea de adecuación, siendo propia del principio de proporcionalidad, se muestra aquí manifiestamente desajustada, dado que tal principio, aun siendo también un principio constitucional (v. art. 267.2 de la Constitución), no opera como principio regulador en el reparto de competencias.

Al no poder ser tomada como criterio adicional de distribución competencial, esa formulación sólo puede ser entendida como redundante. Se concluye entonces que será más adecuado para el ejercicio de una competencia dada el ente local que esté mejor colocado para ejercer esa competencia con racionalidad, eficacia y proximidad con los ciudadanos.

Se determina también en la Ley-marco que la transferencia de atribuciones y competencias se vea acompañada por los medios humanos, los recursos financieros y el patrimonio adecuados al desempeño de la función transferida (v. art. 3.2 y art. 12, en relación con la transferencia de personal; art. 4.3 y 4.4 en relación a los recursos a transferir del Presupuesto del Estado, no pudiendo la transferencia de atribuciones y competencias determinar un aumento del gasto público global previsto en el año de referencia, de acuerdo con el artículo 3.3 y artículo 11, en cuanto al patrimonio cuya titularidad pasa al ente local.

El principio de subsidiariedad interesa, entonces, en lo que toca a la transferencia de atribuciones y competencias, pero ya no interesa en cuanto a su ejecución. En efecto, el artículo 2.5 de la Ley-marco establece que el seguimiento de las atribuciones y competencias se hace en los términos de la ley e implica la concesión a los órganos de los entes locales de poderes que les permitan actuar en diversas vertientes, cuya naturaleza puede ser:

- a) consultiva;
- b) de planeamiento;

- c) de gestión;
- d) de inversión;
- e) de fiscalización;
- f) de autorización.

El conjunto de poderes de cada órgano de cada ente local depende pues de la ley y deberá tener en cuenta este encuadramiento y sus respectivas explicitaciones¹⁵.

Es la Ley 169/1999, de 18 de septiembre, la nueva ley de entes locales, la que viene a establecer las competencias de los órganos de los municipios y de las parroquias¹⁶, y que prevé la actualización de su cuadro de competencias mediante la concreción de las atribuciones previstas en la ley-marco (v. art. 1º.2 de la nueva ley de entes locales), lo que significa que las competencias se pueden modificar a medida que las atribuciones van siendo transferidas.

De todas formas, la concreción de las transferencias de competencias, así como la identificación de su naturaleza y la forma de afectación de los respectivos recursos será hecha anualmente a través de textos propios que pueden contener disposiciones transitorias adecuadas para la gestión del proceso de transferencia en cuestión, como estipula la Ley-marco en el artículo 4.2.

Esos textos de concreción definen las modalidades que pueden revestir las transferencias de atribuciones y competencias a los entes locales de entre las siguientes:

- a) transferencia de competencias relativas a ámbitos de naturaleza exclusivamente municipal, de carácter general y ejercicio universal;
- b) transferencia de competencias relativas a ámbitos integrados en programas de acción regional, a ejercer por los municipios de acuerdo con las prioridades definidas por los consejos de región de las comisiones de coordinación regional;
- c) transferencia de competencias relativas a ámbitos integrados en programas de acción nacional, a ejercer por los municipios de acuerdo con las prioridades definidas por la Asamblea de la República, tras propuesta del Gobierno (v. art. 5 de la Ley-marco).

La ley-marco analizada dispone aún, en el artículo 6º, que las atribuciones y competencias transferidas a los municipios son tenden-

¹⁵ Los poderes de inversión implican la realización de inversiones, lo que incluye la identificación, la elaboración de proyectos; la financiación; la ejecución y el sostenimiento de las iniciativas (v. art. 2.6 de la Ley-marco).

¹⁶ V. artículos 1 nº 1, 2, 17 (competencias de la asamblea de la parroquia), 33, 34, 35 y 37 (competencias de la junta de parroquia), 53 (competencias de la asamblea municipal), 64, 65 y 66 (competencias de la cámara municipal) y 68 (competencias del presidente de la cámara).

cialmente universales, pudiendo, no obstante, no serlo. Se consideran universales las transferencias que se efectúan simultánea e indistintamente para todos los municipios que presente condiciones objetivas para el respectivo ejercicio y no universales las que se efectúan apenas para alguno o algunos municipios.

La transferencia de competencias no universales se efectúa mediante contrato entre los departamentos de la administración central competentes y todos los municipios interesados y se asienta en una tipología contractual y una identificación estandarizada de costos, en relación con la actividad a transferir, siendo publicada en el Diario de la República (art. 6.3).

El precepto en cuestión suscita varias cuestiones.

Así, en primer lugar, del precepto referido se deduce la posibilidad de transferencias generales de atribuciones y competencias, esto es, para todos los municipios no para algunos —sólo para uno o para varios—. Las transferencias generales sólo se producirán si los municipios presentan «condiciones objetivas para el ejercicio respectivo».

Ahora bien, las condiciones objetivas no podrán ser otras que las derivadas del principio de subsidiariedad definido por la propia Ley-marco (mejor posicionamiento para el ejercicio respectivo con racionalidad, eficacia y proximidad).

Paralelamente, la aplicación del principio de subsidiariedad, de acuerdo con la Ley-marco, sólo puede operar en relación con niveles de la administración, lo que en este caso, será el estatal *versus* el nivel municipal, o parroquial, y no como preconiza contradictoriamente el artículo 6º, variando para cada municipio en concreto. Una cosa es que esto esté permitido por la noción general de subsidiariedad y otra cosa es que esto sea compatible con el principio de subsidiariedad tal y como está consagrado constitucionalmente y como está definido por la Ley-marco.

La utilización sistemática por el legislador en esta ley marco de expresiones y formulaciones poco coherentes, por no decir poco rigurosas, puede suscitar dudas insolubles que sólo podrán ser superadas mediante una modificación legislativa.

Sin embargo, siendo dudoso que la subsidiariedad administrativa pueda implicar la atribución de competencias a unos municipios y a otros no, creándose una diferenciación competencial entre ellos, lo que es ciertamente inconstitucional es la transferencia de competencia por vía de «contractualización». Independientemente de lo que signifique lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Ley-marco, lo que no puede generar es una atribución competencial por cualquier vía que no sea la de la ley, como determina el artículo 237.1 de la Constitución, bajo pena de inconstitucionalidad material por violación de este artículo.

En efecto, el artículo 237.1 de la Constitución estipula que las atribuciones y la organización de los entes locales, así como la competen-

cias de sus órganos serán reguladas por ley, de acuerdo con el principio de descentralización administrativa. Además de que, de acuerdo con el punto 2 del artículo 267, se prevé que las formas de descentralización deben ser establecidas por ley por tratarse ciertamente de una materia de reserva relativa de competencia legislativa de la Asamblea de la República (art. 165.1.q)¹⁷.

La admisibilidad constitucional de formas de organización diferenciada para los entes de la misma categoría, de acuerdo con diferencias objetivas relevantes, como la dimensión territorial y poblacional¹⁸ no implica, con todo, a nuestro juicio, un estatuto competencial diferenciado, pues en caso contrario sería imposible discernir los varios niveles administrativos constitucionalmente determinados de forma estanca, exclusiva y cerrada del Estado unitario portugués. En caso contrario, habría una distribución competencial dispersa en que en relación a unos municipios la competencia permanecería a nivel estatal y en otros sería municipal¹⁹.

No obstante, el principio de subsidiariedad si bien presupone flexibilidad y pretende enmarcar las normas de competencia no tiene ciertamente por función introducir el caos en la distribución vertical de poderes. Y, por otro lado, si la distribución competencial está legalmente determinada, sin recurso al principio de subsidiariedad éste no tiene ninguna función útil en el texto en cuestión.

Si se entiende que debe haber diversidad de estatutos municipales en este aspecto entonces ésta debería emanar de la ley.

Lo que la subsidiariedad implicaría en este plano sería la consideración de cuál es el nivel que ejerce la competencia, el estatal o el municipal, y no una apreciación relativa a cada municipio en concreto. Para que tal cosa pudiese suceder se debería haber determinado de forma expresa la aplicación de la subsidiariedad dependiendo de los entes locales en concreto y no por categorías.

4. LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS DEL MUNICIPIO EN LA PARROQUIA

Cuestión distinta de ésta y que suscita igualmente dificultades es la de la admisibilidad de la delegación de competencias de los municipios en las parroquias.

¹⁷ J.J. GOMES CANOTILHO y Vital MOREIRA defienden que el estatuto de los entes locales comprende seguramente sus atribuciones y la competencia de sus órganos y, por otro lado, que se trata de materia de ley, de reserva legal, en *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pp. 676 y 886.

¹⁸ En este sentido se pronuncian J.J. GOMES CANOTILHO y Vital MOREIRA, *ibidem*, p. 888.

¹⁹ Se presenta así el problema sobre todo a propósito de los municipios de Lisboa y de Porto.

Se prevé, desde luego, que el municipio que, por vía de delegación de competencias, mediante convenio, transfiera tareas inscritas en su ámbito de atribuciones a las parroquias debe facultar su ejercicio a todos los entes locales de este tipo que estén interesados (art. 13.2).

Tal figura de delegación de competencias es objeto del artículo 15 de la misma Ley-marco, que especifica que a través de ese instrumento la parroquia puede realizar inversiones encargadas al municipio o gestionar equipamientos y servicios municipales.

La concreción de la previsión de ese instrumento de delegación de competencias surge en la nueva ley de los entes locales, con una veste diferente de la que ya constaba en la ley de entes locales anterior.

Efectivamente, la Ley nº 169/1999, de 18 de septiembre, después de establecer que las competencias de la junta de parroquia pueden ser propias o delegadas (art. 33), permite que la junta de parroquia pueda ejercer actividades incluidas en la competencia de la cámara municipal, por delegación de ésta (art. 37.1).

Esta delegación de competencias depende de la aprobación de los órganos representativos de la parroquia (art. 37.2), compitiendo a la junta, en el ámbito de sus relaciones con otros órganos locales, deliberar y proponer la ratificación por el órgano deliberativo de la aceptación de los actos de competencia de los órganos del municipio que se pretendan delegar en ella [art. 34.5,c)] y compitiendo a la asamblea de la parroquia ratificar la aceptación del ejercicio de actos de competencia de la cámara municipal delegados en la junta (art. 17.2.1).

La referida delegación de competencias se efectúa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 (art. 37.2). Éste preceptúa que la cámara municipal, con previa autorización de la asamblea municipal, puede delegar competencias en las juntas de parroquia interesadas, mediante la celebración de convenio, donde figuren todos los derechos y obligaciones de ambas partes, los medios financieros, técnicos y humanos y las materias objeto de delegación (nº1).

La delegación incide sobre las actividades incluyendo la realización de inversiones mencionadas del plan y presupuesto municipal, y puede comprender:

- a) conservación y limpieza de cunetas, arcenes y caminos;
- b) conservación, enlosado y limpieza de calles y paseos;
- c) gestión y conservación de jardines y otros espacios ajardinados;
- d) colocación y mantenimiento de señalización toponímica;
- e) gestión, conservación, reparación y limpieza de mercados al por menor y ambulantes;
- f) gestión, conservación y reparación de equipamientos propiedad del municipio, especialmente de equipamientos culturales y de-

portivos, escuelas y establecimientos de educación pre-escolar, guarderías, centros de apoyo a la tercera edad y bibliotecas;

g) conservación y reparación de escuelas de enseñanza básica e de enseñanza pre-escolar;

h) gestión, conservación, reparación y limpieza de cementerios, propiedad del municipio;

i) concesión de licencias de caza (art. 66.2);

Establecida la lista, aunque no sea exhaustiva, de las materias en relación a las cuales la cámara municipal puede habilitar a la junta de parroquia a ejercer actividades que pertenecen a su esfera de competencia, no quedan, de todas formas, especificadas las actividades susceptibles de delegación, salvo la mención a la realización de inversiones.

A falta de esa especificación, y no pudiendo confundirse esta delegación de competencias con una mera delegación de tareas²⁰, sólo se podrá inferir que por «actividades» se debe entender cualquier acto jurídico u operación meramente material para los cuales los órganos de la parroquia o ya dispongan de competencia o lleguen a disponer de ella por delegación.

No tiene sentido delegar en la parroquia la intervención municipal en determinadas áreas o materias, si los órganos de la parroquia no estuvieran legalmente avalados para practicar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de las referidas atribuciones.

En efecto, la delegación referida se muestra más como una delegación de atribuciones que como una delegación de competencias. O, como un instrumento que intenta practicar una descentralización no directamente determinada por el legislador.

Además de la base legal necesaria con la que deben estar provistos, también deben disponer de recursos humanos. De ahí que la nueva ley de entes locales determine que, en el ámbito de la delegación de competencias, la cámara municipal puede destinar a la junta de parroquia funcionarios adscritos a las áreas de competencia delegadas en esta última, destino éste que se realiza sin perjuicio de los derechos de los mismos y no está sujeto a plazo, manteniéndose en tanto subsista la delegación de competencias (art. 66.3 y 4).

Se deduce claramente de la ley que la delegación de competencias no puede ser impuesta por la cámara municipal y sólo se puede concretar en relación con las parroquias interesadas.

²⁰ La delegación de tareas administrativas está prevista en la Constitución, que admite la posibilidad de que la asamblea de parroquia delegue en las asociaciones de vecinos tareas administrativas que no impliquen el ejercicio de poderes de autoridad (arts. 248 y 265.2 de la Constitución).

Por otro lado, compete a la cámara municipal, en lo que respecta a sus relaciones con otros órganos locales, proponer a la asamblea municipal la concreción de la delegación de parte de las competencias de la cámara en las parroquias que estén interesadas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 66 (art. 64.6.c) y compete a la asamblea municipal, en materia reglamentaria, de organización y funcionamiento, previa propuesta de la cámara, autorizar a la cámara municipal a delegar competencias propias, especialmente en materia de inversiones, en las juntas de parroquia [art. 53.2, s)]

Una vez expuesto el marco legal de esta figura de delegación de competencias de la cámara municipal en la junta de parroquia, se verifica que pudiendo ser considerado un instrumento de descentralización (por tratarse de órganos de personas colectivas diferentes no puede ser tomado como un instrumento de desconcentración) no es de todas formas ciertamente una forma de aplicación del principio de subsidiariedad.

En realidad, por este mecanismo, una competencia municipal puede ser depositada en una instancia de nivel inferior, pero realmente aquí lo que importa no es la aplicación de los criterios de subsidiariedad (nivel local mejor colocado en términos de racionalidad, eficacia y proximidad), sino apenas el interés, la iniciativa y, si se quiere, la voluntad de los órganos de los entes locales interesados.

Por otro lado, esta delegación intersubjetiva es diferente de la delegación que figuraba en la anterior ley de entes locales [Decreto-Ley nº 100/1984, de 29 de marzo, artículos 27.1, f) y 51.3,a)]²¹.

Desde luego, la ley (art. 15 de la Ley 159/99) habla de la colaboración entre municipio y parroquia de modo que esta pueda realizar inversiones encargados a aquel o gestionar equipamientos y servicios municipales, debiendo tal colaboración ser concretada en un instrumento que contenga expresamente:

²¹ Paulo OTERO defiende, a la luz de esta legislación, que en el ámbito de la administración local, la delegación intersubjetiva incide sobre las competencias y no sobre las atribuciones por lo que esto es un fenómeno entre órganos y no entre entes. Tal delegación es una forma de desconcentración, y no de descentralización, en la medida en que de ella no resulta cualquier transferencia de atribuciones entre entes públicos. Y finalmente la desconcentración, como forma de descongestión de la Administración a nivel de reparto de competencias por los órganos, consiste en el reparto de competencias tanto entre órganos de la misma persona colectiva como entre órganos de personas colectivas diferentes, siempre que esto no implique la alteración de las respectivas atribuciones.

Para Paulo OTERO, el órgano delegado asume un carácter doble. En el ámbito de la competencia propia continúa siendo órgano de la persona colectiva donde se encontraba integrado inicialmente y en cuanto a la competencia delegada, se transforma en órgano indirecto o secundario en la que se integra el delegante, con todas las consecuencias jurídicas inherentes, *A competência delegada no Direito administrativo português*, A.A.F.D.L., 1987, pp. 99 a 108.

- a) la materia objeto de colaboración;
- b) referencia obligatoria en las opciones del plan, durante los años de vigencia de la colaboración cuando se trate de una materia que así deba constar;
- c) los derechos y obligaciones de ambas partes;
- d) las condiciones financieras que ofrecerá el municipio, que deben constar obligatoriamente en el presupuesto de éste durante los años de vigencia de la colaboración;
- e) el apoyo técnico o en recursos humanos y los medios a conceder por el municipio.

Efectuándose, pues, la delegación de competencias a través de protocolo, comprendiendo un conjunto de medios que van más allá de un mero permiso concedido por un órgano normalmente competente para decidir en una materia dada a otro órgano que practique actos sobre la misma materia, no nos parece posible reconducir esta figura a la delegación de poderes, tal y como está definida y regulada en el Código de Procedimiento Administrativo.

Incluso aunque la Ley-marco haya tenido la prevención de separar las atribuciones de los entes locales de las competencias de los respectivos órganos, nos parece, a pesar de todo, que estamos en presencia de una transferencia de atribuciones municipales y no apenas de competencias de la cámara.

Como señalamos anteriormente, existen zonas de atribuciones comunes a las parroquias y municipios, pero como la Ley-marco apenas establece las competencias de los órganos municipales sin establecer las competencias de los órganos de la parroquia, de ahí resultaría necesariamente que estos sólo vendrían o vendrán a disfrutar de una competencia delegada. Eso, no obstante, además de no tener sentido, sería, desde luego, ciertamente inconstitucional. Además, la nueva ley de entes locales, aunque de forma un tanto restrictiva, establece competencias para los órganos de las parroquias. Por eso, no es posible extraer de la ley-marco la conclusión de que la delegación de competencias incide tan sólo sobre competencias de los órganos municipales.

Por el contrario, los preceptos que se refieren a competencias se interpretarían mejor si se refiriesen a atribuciones.

Tomemos un ejemplo. De acuerdo con la ley-marco, bien el municipio o bien la parroquia disponen de atribuciones en el ámbito del equipamiento rural y urbano [v. arts. 13.1, a) y 14.1, a)]. En el ámbito del equipamiento rural y urbano es de competencia de los órganos municipales el planeamiento, la gestión y la realización de inversiones, en los siguientes ámbitos:

- a) espacios verdes;
- b) calles y viales;
- c) cementerios municipales;
- d) instalación de los servicios públicos de los municipios;
- f) mercados y ferias municipales.

Aunque la Ley-marco no se refiera a cuáles son las competencias de los órganos de las parroquias, no se puede de esto inferir que las parroquias sólo intervendrán por delegación de competencias. En efecto, no sólo en la ley de los entes locales se encuentran establecidas algunas competencias de la junta de parroquia, en materia de equipamiento rural y urbano (v., por ejemplo, art. 34.4), sino que los ámbitos citados difícilmente se pueden considerar como competencias. Competencias serán la actividad de planeamiento, de gestión y realización de inversiones, pero las materias sobre las que inciden tienen mucho más que ver con atribuciones. Efectivamente, en cuanto a los espacios verdes, por ejemplo, se prevé que se delegue en la junta de parroquia la competencia para gestionar y conservar jardines y otros espacios ajardinados [v. art. 66.2,a)].

Pensamos, pues, que la delegación de competencias prevista y regulada por la nueva legislación se corresponde con una transferencia de atribuciones del municipio a la parroquia muchas veces acompañada de transferencia de competencias de la cámara municipal a la junta de parroquia, que obedece a un condicionamiento y un formalismo más próximo a la figura del contrato público que a un acto administrativo, susceptible de revocación.

Se pretende una verdadera descentralización de poderes, y un fortalecimiento del poder local, y no tan sólo un descongestionamiento de la administración municipal.

Esta delegación de competencias no intenta realizar el principio de subsidiariedad pero sí el de descentralización. Aunque presente contornos poco nítidos la delegación de competencias así realizada puede conseguir el mismo resultado que la aplicación del principio de subsidiariedad pero no se confunde con él.

5. CONCLUSIONES

Sin perjuicio de un estudio más profundo, podemos ya considerar que la definición legal de subsidiariedad administrativa no se corresponde con la definición de subsidiariedad comunitaria ni con la de la Carta Europea de Autonomía Local, coincidiendo tan sólo parcialmente.

En segundo lugar, a pesar de estar configurada como un principio general en la Constitución, no se presenta correctamente en su rela-

ción con la descentralización administrativa, otro principio general que sí puede ser concretado a través de la subsidiariedad o no.

Si lo es, como parece ser la pretensión del legislador, entonces la subsidiariedad ha de funcionar como un principio de reparto de poderes entre el Estado y los municipios o entre el Estado y las parroquias o entre los municipios y las parroquias.

En cuarto lugar, la subsidiariedad ha de operar como un principio normativo dirigido al legislador que pretende repartir, concretamente, las atribuciones y competencias entre los varios niveles de entidades creadas por descentralización territorial. Ahora bien, sucede que la propia ley que define la subsidiariedad ya delimita las atribuciones de los municipios y parroquias, sin mencionar ni justificar si esa delimitación fue efectuada en cumplimiento del principio de subsidiariedad.

Restaría así un campo de aplicación del principio de subsidiariedad, más allá de las atribuciones, que sería el de las competencias.

No obstante, como vimos, en el área de delimitación de competencias, el panorama legislativo es donde se presenta más confuso, en la medida en que se utilizan figuras características de la desconcentración administrativa como la de delegación de competencias al lado de la delimitación expresa de las competencias de los órganos municipales y de la parroquia. Sea en un supuesto o en el otro, queda excluida la aplicación del principio de subsidiariedad que no sólo es incompatible, por naturaleza, con la delegación de poderes, sino que no es susceptible de aplicación en caso de expresa configuración competencial efectuada por ley.

Para que la subsidiariedad se aplicase de forma flexible y casuística como corresponde, por otra parte, con la esencia del principio, y para que no se enfrentase al principio de legalidad de la competencia, siempre habría que establecer expresamente, a semejanza de lo que hace el artículo 5 del Tratado de la Comunidad Europea, que las atribuciones y competencias son ejercidas en función del principio de subsidiariedad.

Nos parece, pues, en suma, que, de una u otra forma, la subsidiariedad administrativa fue efectivamente ignorada en la reciente legislación portuguesa sobre los entes locales.

Hay pues aún un cierto abismo entre la Constitución y la ley en lo que al principio de subsidiariedad respecta.

Éste emana de la ley más como una mera noción política que como un principio jurídico-constitucional de reparto de poderes.

